



*Die Judikaturwende zur Schriftform der Bürgschaft und deren Auswirkungen auf das
Schriftformgebot des § 886 ABGB*

Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades
Magister der Rechtswissenschaften
im *Diplomstudium der Rechtswissenschaften*
Angefertigt am Institut für
Multimediale Linzer Rechtsstudien, Abteilung für multimediales Zivilrecht

Eingereicht von:

Georg Steidl

Betreuung:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Andreas Riedler

Linz, Februar 2015

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Georg Steidl

Linz, 9.2.2015

Inhaltsverzeichnis

I.	Formgebote allgemein.....	6
a.	Die einfache Schriftform des § 886 ABGB.....	6
b.	Das Formgebot der Bürgschaftserklärung nach § 1346 Abs 2 ABGB.....	7
c.	Der Notariatsakt.....	8
d.	Die elektronische Signatur.....	9
II.	Der OGH und die Lehre zur Telefaxbürgschaft im Laufe der Zeit	9
a.	Telegrammbürgschaft.....	9
b.	Die ältere Lehre	11
c.	Formerleichterung beim Schiedsvertrag	13
d.	Erste Entscheidung zur Telefaxbürgschaft	15
e.	Reaktionen der Lehre	16
f.	Die Judikaturwende	21
g.	Reaktionen der Lehre	23
III.	Die Auswirkungen.....	29
a.	Auswirkungen auf § 886 ABGB.....	29
b.	Das VersRÄG 2012 und die "geschriebene Form".....	31
c.	Auswirkungen auf § 4 Abs 2 Z 4 SigG.....	37
d.	Schenkungsverträge ohne Übergabe.....	42
e.	Formgebote bei dinglichen Sicherungsrechten.....	45
IV.	Rechtsvergleich	47
a.	Deutschland.....	47
b.	Schweiz	48
c.	Frankreich/Italien/Spanien	49
V.	Fazit.....	49
VI.	Literaturverzeichnis.....	50

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 1811
Abs	Absatz
AktG	Aktiengesetz BGBl 1949/20
AktRÄG	Aktienrechtsänderungsgesetz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
bzw	beziehungsweise
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch RGG 1896/195
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
CHF	Schweizer Franken
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr BGBl 1961/138
D	Deutschland
ders	derselbe
dh	das heißt
E	Entscheidung/en
f	folgende
ff	fortfolgende
gem	gemäß
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGG 1906/58
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch RGG 1897/219
hL	herrschende Lehre
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
insb	insbesondere

iSe	im Sinne eines/r
iVm	in Verbindung mit
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140
L	Lehre
lit	litera
lt	laut
mE	meines Erachtens
mM	meiner Meinung
MRG	Mietrechtsgesetz BGBl 1981/520
NO	Notariatsordnung RGBI 1871/75
NotAkteG	Notariatsaktsgesetz RGBI 1871/76
OGH	Oberster Gerichtshof
Ö	Österreich
österr	österreichische/r/s
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
S	Satz
schw	schweizerische/r/s
SigG	Signaturgesetz BGBl I 1999/190
sog	so genannte/r/s
TN	Teilnovelle
UGB	Unternehmensgesetzbuch BGBl I 2005/120
USD	US-Dollar
uU	unter Umständen
VersRÄG	Versicherungsrechtsänderungsgesetz
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz BGBl 1959/2
vgl	vergleiche
WE	Willenserklärung
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz BGBl 1979/139
Z	Ziffer
zb	zum Beispiel
ZGB	(schweizer) Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113
zw	zwischen

I. Formgebote allgemein

Für die Abgabe rechtlich bedeutsamer Erklärungen sieht der österr Gesetzgeber mehrere Formvorschriften vor, welche unterschiedlichen Zwecken (etwa Warn-, Übereilungsschutz, Beweissicherung oder Gläubigerschutz) dienen.¹ Einleitend sollen die wichtigsten Formgebote dargestellt werden.

a. Die einfache Schriftform des § 886 ABGB

Die Regelung des § 886 umfasst sowohl gesetzliche als auch gewillkürte Formgebote.² Schriftlichkeit idS bedeutet Unterschriftlichkeit, also eigenhändige Unterfertigung unter dem handschriftlichen oder maschinell errichteten Text, dh die Unterschrift muss am Ende des Textes gesetzt werden.³ Zur Abgabe einer Unterschrift reicht eine im Inland übliche Schriftform, sofern die Schriftzeichen anderen Personen bekannt und Dritten verständlich sind, Blockschrift ist ausreichend.⁴ Es genügt entweder Familien⁵- oder Vorname⁶, aber auch die Setzung von Initialen oder einer Paraphe ist ausreichend, soweit keine Zweifel an der Unterschriftsfunktion bestehen.⁷ Für des Schreibens unkundige oder gebrechliche Personen genügt unter den Voraussetzungen des § 886 S 1 (gerichtliche oder notarielle Beglaubigung oder Beisetzung von zwei Zeugen) ein bloßes Handzeichen. Eine Nachbildung der Unterschrift (zB Faksimile durch Druck oder Stempel) auf mechanischem Weg ist gem § 886 S 3 ABGB dann ausreichend, wenn sie im Geschäftsverkehr üblich ist.⁸ Dies dient vor allem der

¹ Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 883 Rz 3; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 883 Rz 5; P. Bydlinski in KBB⁴ § 883 Rz 2; P. Bydlinski, BR I⁶ Rz 7/21; Riedler, ZR I AT⁵ Rz 20/20.

² Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 886 Rz 1; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 886 Rz 2; P. Bydlinski, BR I⁶ Rz 7/31; Riedler, ZR I AT⁵ Rz 20/20.

³ Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 886 Rz 2; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 886 Rz 1; ; P. Bydlinski in KBB⁴ § 886 Rz 1; Dullinger in Rummel⁸ § 886 Rz 2; P. Bydlinski, BR I⁶ Rz 7/23; Riedler, ZR I AT⁵ Rz 20/6.

⁴ OGH 5 Ob 154/68; RIS-Justiz RS0023784; Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 886 Rz 6; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 886 Rz 2; Riedler, ZR I AT⁵ Rz 20/6.

⁵ OGH 9 ObA 14/08m = RdA 2009/7.

⁶ OGH 5 Ob 154/68; OGH 8 Ob 232/97v = ÖBA 1998, 645; 9 ObA 14/08m = RdA 2009, 43.

⁷ Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 886 Rz 6; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 886 Rz 2; Rummel in Rummel⁸ § 886 Rz 3; Koziol/Welser/Kletečka, BR I¹⁴ Rz 577; Riedler, ZR I AT⁵ Rz 20/6.

⁸ Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 886 Rz 1; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 886 Rz 2; P. Bydlinski in KBB⁴ § 886 Rz 3; Riedler, ZR I AT⁵ Rz 20/9.

Erleichterung von Massenerklärungen. Es kommt darauf an, was im Geschäftsverkehr allgemein üblich ist und nicht für eine bestimmte Person.⁹ Mangels Unterschrift als unzureichend gelten aber Telegramm, Fernschreiben und bis zur Judikaturwende (OGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p) auch Telefax.¹⁰ Diese Entscheidung ist auch Ausgangspunkt der Problemstellung vorliegender Arbeit.

Die Auslegung formbedürftiger Geschäfte folgt den allgemeinen Regeln (§ 914 f ABGB) unter Berücksichtigung des Formzwecks.¹¹ So muss etwa das Haftungsrisiko des Bürgen einer Erklärung gem § 1346 Abs 2 ABGB anhand der Andeutungstheorie nach objektiven Kriterien angedeutet werden, um dem Warnzweck der Form zu entsprechen.¹²

§ 886 ABGB ist auch auf einseitige Erklärungen, für welche das Gesetz Schriftlichkeit vorsieht, anzuwenden.¹³ Einen Sonderfall bildet das holographe Testament nach § 578 ABGB, wo der Testator seinen letzten Willen eigenhändig niederschreiben muss, was dem bei letztwilligen Verfügungen besonders schützenswerten Zweck der Individualisierbarkeit des Testators dient.¹⁴

b. Das Formgebot der Bürgschaftserklärung nach § 1346 Abs 2 ABGB

Da die Schriftform der Bürgschaft der zentrale Ausgangspunkt vorliegender Problemstellung ist, soll diese Formvorschrift kurz allgemein beleuchtet werden.

⁹ OGH 1 Ob 515/95; RIS-Justiz RS0044131.

¹⁰ So auch zur alten Rechtslage: *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³ § 886 Rz 2.

¹¹ *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 886 Rz 5; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 886 Rz 11; *P. Bydlinski* in *KBB*⁴ § 886 Rz 2; *Gschnitzer* in *Klang*² IV/I, 251, 253, 401; *Dullinger* in *Rummel*⁴ § 886 Rz 17.

¹² *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 886 Rz 5; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 886 Rz 11; *Dullinger* in *Rummel* § 886 Rz 17.

¹³ *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 883 Rz 3; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 886 Rz 1; *P. Bydlinski* in *KBB*⁴ § 886 Rz 2.

¹⁴ *Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 578 Rz 1; *Apathy* in *KBB*⁴ § 578 Rz 1; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 578 Rz 1 f; *Welser* in *Rummel*³ § 578 Rz 2; *Apathy*, ZR VII⁴ Rz 3/22.

Die Schriftform der Bürgschaft bezweckt die Warnung des sich belastenden Bürgen.¹⁵ Dies aus zwei Gründen: einerseits zieht der Bürge idR keine wirtschaftlichen Vorteile aus dem Geschäft, andererseits handelt es sich um ein in der Zukunft gelegenes Risiko. Der Gläubiger hingegen zieht aus diesem Geschäft nur Vorteile, weshalb seine Erklärung keinem Formgebot unterliegt.¹⁶ Nicht zuletzt aufgrund des Gesetzeswortlauts („schriftlich abgegeben“) stellte sich in der E 9 Ob 41/12p die zentrale Frage, ob auch ein Telefax der original unterschriebenen Urkunde dem Formgebot des § 1346 Abs 2 ABGB entspricht.

c. *Der Notariatsakt*

Zweck des Notariatsakts ist ein besonders hohes Schutzniveau aller Parteien, weshalb sie auch vom Notar über die Konsequenzen des von ihnen beabsichtigten Rechtsgeschäftes aufgeklärt werden müssen (§§ 52 ff NO). Dem Gesetzgeber ging es bei Schaffung der Notariatsaktform um die Ernstlichkeit, Mängelfreiheit und Überlegtheit der Erklärung der Parteien sowie um deren fachmännische Belehrung, Streitverhinderung und Klarheit im Innen- und Außenverhältnis über die Parteistellung sowie Vertragsinhalt.¹⁷ Die Aufzählung in § 1 NotAkteG ist taxativ,¹⁸ allerdings finden sich in der Rechtsordnung zahlreiche weitere Normen über notariatsaktpflichte Geschäfte, wie zB die Errichtung einer GmbH (§ 4 Abs 3 GmbHG).¹⁹ Der Notariatsakt ist das strengste Formgebot. Deshalb ersetzt dieser gem § 886 ABGB die einfache Schriftform.²⁰ Im Zusammenhang mit dieser Arbeit interessiert insb § 1 Abs 1 lit d NotAkteG, wonach Schenkungen ohne Übergabe eines Notariatsakts bedürfen.

¹⁵ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} §§ 1346, 1347 Rz 24; P. Bydlinski in KBB⁴ § 1346 Rz 7; Mader/W. Faber in Schwimann³ § 1346 Rz 12; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 6/22; Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 22/4; Koziol/Welser, BR II¹³ 147.

¹⁶ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} §§ 1346, 1347 Rz 28; P. Bydlinski in KBB⁴ § 1346 Rz 7; Mader/W. Faber in Schwimann³ § 1346 Rz 10; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 6/22; Riedler, ZR I SchRAT⁴ Rz 22/4.

¹⁷ Wagner/Knechtel in Notariatsordnung⁶ Vor § 1 NotAkteG Rz 2 f.

¹⁸ Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 883 Rz 6 mwN.

¹⁹ Riedler, ZR I AT⁵ Rz 20/15.

²⁰ Kalss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 883 Rz 9; Dullinger in Rummel⁴ § 886 Rz 11.

d. Die elektronische Signatur

Basierend auf der Signaturrechtlinie²¹ wurde im Jahr 1999 das Signaturgesetz erlassen, welches die Gleichstellung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift ermöglichen soll. Hervorzuheben ist hier die „qualifizierte“ elektronische Signatur, welche nach dem Wortlaut des § 4 Abs 1 SigG der eigenhändigen Unterschrift des § 886 ABGB gleichgestellt ist. Nur in wenigen, in § 4 Abs 2 SigG aufgezählten Ausnahmen, ist dies nicht der Fall. Darunter finden sich auch Bürgschaftserklärungen, worauf im Lichte der neuen Judikatur zur Telefaxbürgschaft noch einzugehen sein wird.

Zur Funktionsweise einer digitalen Signatur siehe unter Punkt III. c.

II. Der OGH und die Lehre zur Telefaxbürgschaft im Laufe der Zeit

a. Telegrammbürgschaft

In 5 Ob 535/85²² hatte der OGH erstmals die Frage zu beantworten, ob ein Telegramm das Schriftformerfordernis der §§ 886, 1346 Abs 2 ABGB erfüllt. Die Klägerin vermietete Wohnmobile an den Beklagten, welcher für Leihwagengebühren von 14.990 USD per Fernschreiben bürgte. Die Echtheit der Unterschrift des die Bürgschaft enthaltenden Fernschreibens war unbestritten. Der OGH sprach unter Berufung auf den Wortlaut des § 886 ABGB letzter S aus, dass die Unterfertigung der eigen- oder fremdhändig aufgesetzten Bürgschaft stets eigenhändig zu erfolgen habe. Somit reiche, unabhängig davon ob eine telefonische Aufgabe oder eine eigenhändig unterfertigte Aufgabedepesche vorliegt, ein Telegramm nicht aus, weil die Depesche ohnehin nur einen Auftrag an die Telegrafverwaltung enthalte, aber keine Verbindlichkeit gegenüber dem Adressaten entfalte. Dies entsprach

²¹ SignaturRL 1999/93 ABI L 2000/13, 12.

²² OGH 5 Ob 535/85 = SZ 58/58 = ÖJZ 1986/73.

der vorherrschenden Lehre.²³ Die Gegenansicht dazu vertrat *Ehrenzweig*,²⁴ wonach die Unterschrift auf der Aufgabendepesche ausreichend sei, es sei denn das Gesetz sehe ausdrücklich anderes vor. Er stützte sich dabei insb auf Art 13 Abs 2 SchwOR.

Der OGH berief sich in seiner Begründung auch auf die in Deutschland vorherrschende L²⁵ und Rsp²⁶ zu § 126 BGB. Der BGH²⁷ hatte bereits 1957 einen entsprechenden Sachverhalt zu lösen. Er verneinte die Gültigkeit einer Bürgschaft per Telegramm mit folgender Begründung: § 127 Abs 2 BGB betrifft nur Fälle der rechtsgeschäftlich vereinbarten Form und gilt nicht bei gesetzlichen Formgeboten. Dies sei eindeutig und aus den Materialien nicht anders zu deuten. Die Intention des deutschen Gesetzgebers läge in der Warnung des Bürgen und dieser sei eben bei einem Telegramm nicht ausreichend gewarnt. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit sei eine telegraphische Unterschrift unzureichend. Interessant dabei ist, dass sich diese Entscheidung im Ergebnis nur auf § 126 BGB bezieht, ohne dabei auf die Formulierung von § 766 BGB („schriftlich erteilt“) einzugehen. In der E IX ZR 259/91²⁸ wurde vom BGH festgestellt, dass „Erteilung“ erst bei einer Entäußerung der original schriftlichen Erklärung vorliege. Über die Anforderungen des Zugangs einer Erklärung entschied der BGH erstmals in VIII ZR 173/61²⁹ und verlangte dabei ausdrücklich körperliche Übergabe.

In einer anderen E führte der BGH³⁰ aus, nicht einmal eine kopierte Unterschrift erfülle die Form des § 126 BGB. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber etwa in § 793 Abs 2 S 2 BGB oder dem damaligen § 13 Abs 1 AktG ausdrücklich Ausnahmeregelungen geschaffen hatte, für welche die Formstrenge des § 126

²³ *Gschnitzer* in *Klang*² IV/I, 267, 269, 272; *Koziol/Welser*, BR I⁶ 120; *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 1.

²⁴ Vgl *Ehrenzweig*, PR I/1² 266 Fn 22.

²⁵ *Palandt*, BGB⁴⁴ § 126 Rz 3; *Hefermehl* in *Soergel*, BGB¹¹ § 126 Rz 12; *Dilcher* in *Staudinger*, BGB¹² § 126 Rz 19.

²⁶ siehe folgende Verweise.

²⁷ BGH VIII ZR 50/80 = BGHZ 24, 297 = NJW 1981, 1204 = MDR 1981, 488 = WM 1981, 143.

²⁸ BGH IX ZR 259/91 = BGHZ 121, 224 = NJW 1993, 1126 = NJW-RR 1993, 424 = ZIP 1993, 424 = MDR 1993, 532 = DNotZ 1994, 440 = WM 1993, 496 = BB 1993, 409 = BB 1993, 749 = DB 1993, 975 = JR 1993, 318.

²⁹ BGH VIII ZR 173/61 = NJW 1962, 1388 = WM 1962, 769.

³⁰ BGH VIII ZR 134/68 = NJW 1970, 1078.

BGB nicht galt. Auch aus den unterschiedlichen Zwecken der Schriftform könne, ganz entgegen der heute hL, nicht auf eine differenzierte Anwendung des § 126 BGB geschlossen werden.

b. *Die ältere Lehre*

*Feil*³¹ vertrat bereits im Jahr 1978 die Gültigkeit einer Telefaxbürgschaft, allerdings eher pauschal als aufgrund überzeugender Argumente. Er bezieht sich dabei wohl auf eine Anwendbarkeit des § 886 S 3 ABGB, wenn er von einem Fax als Faksimilegerät schreibt, geht dabei aber nicht auf relevante Fragen, wie die Bedeutung des Formzwecks ein. Der OGH hob in seiner Begründung zu 5 Ob 535/85³² den Warnzweck des § 1346 Abs 2 ABGB hervor, gesteht ihm aber, bezugnehmend auf *Fikentscher*,³³ auch eine Bedeutung auf der Beweisebene zu. Auf die Frage, ob ein Fall des § 886 S 3 ABGB vorliegt, ging der OGH mangels Vorbringen seitens der Klägerin gar nicht erst ein.

Allgemein dem Problem „Telefax und Schriftform“ nahm sich *Rummel*³⁴ in seinem ebenso bezeichneten Aufsatz an. Er mahnt dabei vor der voreiligen Übernahme des deutschen Rechts auf das österreichische. Das BGB sei bei der Schriftform nämlich strenger als das ABGB. Erstens sei die mechanische Nachbildung eben nur in den gesetzlich geregelten Fällen möglich, während dies in Ö generell bei gegebener Geschäftsüblichkeit iSd § 886 S 3 ABGB möglich ist. Zweitens bedarf es für die Einhaltung gesetzlicher Formgebote gem § 126 Abs 2 S 1 BGB der Unterschrift beider Vertragsparteien auf demselben Dokument, was für Ö³⁵ nicht gefordert wird. *Rummel* spricht sich für eine teleologische Interpretation der Formgebote aus und verlangt etwa für den Übereilungsschutz einen bewussten Akt der Entäußerung. Diesen sieht er aber, im Unterschied insb zur (deutschen) Rsp, auch schon bei der Telekopie

³¹ *Feil*, Der Gebrauch moderner Bürotechnik im Rechtsalltag, GesRZ 1978, 72.

³² OGH 5 Ob 535/85 = SZ 58/58 = ÖJZ 1986/73.

³³ *Fikentscher*, Schuldrecht⁶ 539.

³⁴ *Rummel*, Telefax und Schriftform, in FS Ostheim (1990) 209 ff.

³⁵ *Gschnitzer* in *Klang*²IV/1, 274; *Rummel* in *Rummel*² § 886 Rz 2.

gegeben. Den Hinweis des BGH,³⁶ es müsse feststehen, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen ohne Wissen und Willen versandten Entwurf handle, könne man aber nicht absolutieren, da ja auch unterschriebene Erklärungen, deren Versand sich der Verfasser noch vorbehält, ohne dessen Zustimmung abgesendet werden können.

Bezüglich der Beweisfunktion anerkennt *Rummel* zunächst, dass das Zugangserfordernis dem Empfänger zur Überprüfung der Echtheit dienen soll. Allerdings sei eben, mit Ausnahme von Banken in Besitz eines Vergleichsobjekts, kaum ein Gläubiger in der Lage die Echtheit der Unterschrift zu prüfen. Gänzlich unmöglich sei dies, wenn Vertreter mit dem Namen des Vertretenen zeichnen. Die Frage der Echtheit stelle sich idR erst im Prozess. Da auch die faksimilierte Unterschrift bei Geschäftsüblichkeit unter § 294 ZPO fällt, spricht sich *Rummel* auch beim Telefax für einen erfüllten Urkundenbegriff iSv § 294 ZPO aus. Dem Gegner stehe es dann frei, die Echtheit der Urkunde zu bestreiten.

Die Gegenansicht vertrat *Wilhelm*,³⁷ welcher postulierte, dass immer Warn-, Beweissicherungs- und Publikationszweck bzw. Übereilungs- und Gläubigerschutz zu berücksichtigen sind. Der wichtigste Zweck der Schriftform liege darin, möglichst jeden Zweifel an der Identität des Ausstellers auszuschließen. Deshalb sei nur eine Urkunde mit Originalunterschrift ausreichend. Vor diesem Hintergrund hält *Wilhelm* auch das erhöhte Risiko eines Übermittlungsfehlers und das Fälschungsrisiko (zB Verwählen; Fehler beim Codieren; Anzapfen der Leitung; Aufkleben einer Originalunterschrift auf ein anderes Dokument) der Gültigkeit einer per Telefax übermittelten Bürgschaftserklärung entgegen.

³⁶ BGH IX ZB 15/86 = BGHZ 97, 285 = NJW 1986, 1759 = ZIP 1986, 671 = MDR 1986, 1621 = MDR 1986, 846 = WM 1986, 656 = BB 1986, 1119.

³⁷ *Wilhelm*, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, *ecolex* 1990, 208.

c. *Formerleichterung beim Schiedsvertrag*

Zur Anpassung der strikten Rsp zu § 886 ABGB (körperliche Übergabe des Originals) an den internationalen Handelsverkehr wurde bereits 1983 eine Lockerung im Bereich der Schiedsverträge gem § 577 Abs 3 ZPO eingeführt, wo Telegramm und Telefax als dem Schriftformgebot ausreichend angesehen wurden.³⁸

In 1 Ob 525/93³⁹ wurde jedoch klargestellt, dass die Regelungen zum Schiedsvertrag § 577 Abs idF ZVN 1983 sowie Art 13 UN-Kaufrechtsübereinkommen Ausnahmebestimmungen seien, sodass nicht mittels Analogie auf eine generelle Gültigkeit von per Telefax übermittelten Erklärungen geschlossen werden könne. Die Schriftform diene insb auch dazu, den Inhalt der Erklärung sowie die Identität der unterfertigenden Person des Schriftstücks hinreichend festzustellen. Er folgt damit der oben dargestellten Rechtsansicht *Wilhelms*. In dieser E bezog sich der OGH zudem auf neue Erkenntnisse des BGH.⁴⁰ Dieser verlangt unter Heranziehung des Wortlauts von § 766 BGB („schriftlich erteilt“) die körperliche Übergabe des Originaldokuments. Die Warnfunktion wäre sonst nicht mehr hinreichend gewahrt. Zu beachten ist, dass in dieser E auch am Original der Name des Erklärenden nur in Maschinschrift abgedruckt war.

Diese E wurde in 5 Ob 207/02f⁴¹ revidiert: Es ging um die Frage, ob zur Geltendmachung eines Aufwandsatzanspruchs nach § 10 Abs 4 MRG auch schriftliche Anzeige via Telefax ausreichend ist. Der OGH bejahte dies unter Heranziehung des Formzwecks insb mit Verweis auf § 14d Abs 4 WGG iVm § 45 Abs 2 MRG. Bereits in der E 5 Ob 77/98d⁴² legte der OGH den Grundsatz fest, dass die schriftliche Bekanntgabe des Erhaltungs- und

³⁸ *Ausf Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

³⁹ OGH 1 Ob 525/93 = HS 24.468 = EvBl1994/86 = JBI 1994, 119 [abl *Rummel*] = *ecolex* 1994, 159 [zust *Wilhelm*] = RdW 1994, 75.

⁴⁰ BGH IX ZR 259/91 bezugnehmend auf OLG Frankfurt 24 U 236/89 = NJW 1991, 2154 = WM 1991, 1714.

⁴¹ OGH 5 Ob 207/02f = *ecolex* 2003/133 [*Wilhelm*] = RdW 2003, 132 = JBI 2003, 385 = *WoBl* 2003/136 = *immolex* 2003/35 [*Pfiefel*].

⁴² OGH 5 Ob 77/98d = *immolex* 1998/194 = ÖJZ 1998/196 = *ecolex* 1998, 837.

Verbesserungsbeitrags einer Bauvereinigung an die Mieter dem Zweck diene, den Mietern eine detaillierte Vorstellung über die Entscheidung ihres Vermieters zu geben und darüber hinaus die Zulässigkeit solcher Beiträge überprüfen zu können. Daraus resultierte eine Novellierung (WRN 1999 Art II Abschnitt I Z 36) der Formvorschrift des Erhaltungs- und Verbesserungsbeitrags nach § 45 Abs 2 MRG, wonach bei automationsunterstützt hergestellten Erklärungen auch schon die drucktechnische Ausfüllung des Erklärenden (ohne Unterschrift) reicht. In 5 Ob 207/02f wurde festgestellt, dass diese Grundsätze auch auf § 10 Abs 4 MRG anzuwenden seien, welcher lediglich eine Präklusion der Ansprüche des Mieters verhindern soll. Es ergäbe sich daraus weder eine Verpflichtung noch Fälligkeit für den betroffenen Vermieter. Telos der Norm sei, sich über die Berechtigung künftiger Forderungen des Mieters zu informieren, eine Fälschungsgefahr bestehe schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht. Weiters führte der OGH aus, dass *„die auch im privaten Schriftverkehr üblich gewordene Mitteilungsform durch Telefax ausreichend“* sei, um die drohende Präklusion zu vermeiden. Ob er sich mit dieser Formulierung auf § 886 S 3 ABGB bezog, geht nicht klar hervor. *Wilhelm*⁴³ sieht in dieser E einen Fall des § 886 S 3 ABGB, zumindest analog. Dies belege ein Festhalten an der Meinung, dass ein Telefax aufgrund des Erfordernisses der Eigenhändigkeit das allgemeine Schriftformgebot von § 886 ABGB nicht erfülle. Begrüßt wird diese E auch von *Pfiel*,⁴⁴ welcher in der Abmilderung der Formvorschrift des § 10 MRG, unter Berücksichtigung des Formzwecks (Information des Vermieters, Wahrung von Ansprüchen) und Bejahung der Geschäftsüblichkeit, die Telekopie ebenfalls als ausreichend erachtet. In der jüngsten Judikatur (9 Ob 41/12p) sieht der OGH eine Telefaxerklärung im privaten Rechtsverkehr mit der Dimension einer Bürgschaft ausdrücklich nicht als allgemein üblich iSv § 886 S 3 ABGB an.

⁴³ *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 333, Anm zu OGH 5 Ob 207/02f.

⁴⁴ *Pfiel*, *immolex* 2003, 68 ff, Anm zu OGH 5 Ob 207/02f.

d. Erste Entscheidung zur Telefaxbürgschaft

In 1 Ob 515/95⁴⁵ nahm der OGH erstmals Stellung zur Telefaxbürgschaft. Bezugnehmend auf die E 5 Ob 535/85,⁴⁶ 1 Ob 525/93⁴⁷ und mit Hinweis auf die Kritik *Rummels*⁴⁸ (§ 886 S 3 ABGB sei weiter gefasst als die deutsche Regelung, welche eine Übermittlung per Telefax nur in den gesetzlich verankerten Ausnahmefällen vorsieht), stellte der OGH klar, es entspreche auch heute noch der allgemeinen Rechtsüberzeugung, dass eine schriftliche Erklärung erst mit der eigenhändigen Unterschrift verbindliche Wirkung erlangt. Der OGH behandelt das gesetzliche Schriftformgebot ganz allgemein, auch wieder unter Bezugnahme auf die bereits in den Vorgängerentscheidungen erörterte deutsche Rsp. Demnach reicht es auch nicht aus, wenn die der Fernkopie zugrunde liegende Urkunde die eigenhändige Unterschrift enthält.⁴⁹ Die Schriftform als solche sei nicht Selbstzweck, vielmehr soll sowohl Inhalt der Erklärung als auch Identität der Person zuverlässig entnommen werden können.⁵⁰ Aus diesem Grund sei auch in 5 Ob 535/85⁵¹ ein Fernschreiben mangels Warnfunktion einer eigenhändigen Unterschrift nicht gültig iSd § 1346 Abs 2 ABGB.

Die Anwendbarkeit von § 886 S 3 ABGB lehnte der OGH damit ab, es komme nicht darauf an, was für eine bestimmte Person geschäftsüblich sei, sondern was im Geschäftsverkehr *allgemein* üblich ist.⁵²

⁴⁵ OGH 1 Ob 515/95 = JBI 1995, 656 = ÖBA 1995, 728 = ecolex 1995, 487 = AnwBl 1996/6105 [*Arnold*] = RdW 1995, 467 = ARD 4689/41/95 = MietSlg 47.057.

⁴⁶ OGH 5 Ob 535/85 = SZ 58/58 = ÖJZ 1986/73.

⁴⁷ OGH 1 Ob 525/93 = HS 24.468 = EvBl1994/86 = JBI 1994, 119 [*abl Rummel*] = ecolex 1994, 159 [zust *Wilhelm*] = RdW 1994,75.

⁴⁸ *Rummel*, Telefax und Schriftform, in FS Ostheim (1990) 209 ff.

⁴⁹ *Wilhelm*, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, ecolex 1990, 208; *Koziol/Welser*, BR I⁹ 151; *Gschnitzer* in *Faistenberger/Barta*, BR AT² 735; *Mader* in *Schwimann* § 1346 Rz 5.

⁵⁰ OGH 1 Ob 525/93 = EvBl 1994/86 = JBI 1994, 119 [*Rummel*] = ecolex 1994, 159 [*Wilhelm*] = ARD 4532/31/94 = RdW 1994, 75 = WoBl 1994, 70 [*Würth*] = HS 24.468 = HS 45.058.

⁵¹ OGH 5 Ob 535/85 = SZ 58/58 = ÖJZ 1986/73.

⁵² RIS-Justiz RS0044131; OGH 1 Ob 515/95.

e. *Reaktionen der Lehre*

*Fasching*⁵³ vertrat die Meinung, dass Geschäftsüblichkeit iSv § 886 S 3 ABGB bereits für den gegeben sei, der sich am Telefaxverkehr beteilige, da er dadurch zu erkennen gäbe, diese Übermittlungsform sei für ihn geschäftsüblich. Würde man hier der Ansicht *Faschings* folgen, so müsste man konsequenterweise auch von einem überflüssigen Begriff der „Verkehrsüblichkeit“ in § 886 S 3 ABGB ausgehen, da auch schon uU einmalige Verwendung eines Telefaxgerätes als für diese Person üblich angesehen werden könnte und es somit gar keine Möglichkeit gäbe, den Tatbestand der „Verkehrsüblichkeit“ nicht zu erfüllen. Weiters bezieht er sich auf den BGH,⁵⁴ welcher eine notariell beurkundete(!) Bürgschaftserklärung zwar als ausreichend iSv § 126 BGB ansah, aber nicht als „Erteilung“ iSv § 766 BGB. Dem Gläubiger müsse das entäußerte Originaldokument zumindest vorübergehend zur Verfügung stehen. Das Problem der „Erteilung“ stelle sich lt OGH in Ö nicht anders.

Dem Hinweis des OGH, *Rummel* unterscheide zwischen dem Wortlaut des BGB und des ABGB, hält dieser entgegen,⁵⁵ dass § 886 S 3 eine Nachbildung auf mechanischem Wege weitergehend zulasse als im deutschen Recht, dies sei aber mangels damaliger „allgemeiner Üblichkeit“ ohnehin (noch) nicht relevant. Vielmehr ergebe sich der Unterschied daraus, dass im deutschen Recht die Bürgschaft „schriftlich erteilt“ werden müsse, was iSv „körperlich übergeben“ (siehe etwa §§ 761, 780, 1154 BGB) zu verstehen sei. Ebenso könne man aus § 126 Abs 2 BGB, welcher nur in Ausnahmefällen getrennte Unterschriften erlaubt, auf „Zwang zur Aushändigung“ schließen. In Ö gäbe es keine dementsprechenden Regeln, weshalb man nicht allein aus dem Wort „abgegeben“ in § 1346 Abs 2 ABGB auf eine Anwendung iSv „erteilt“ im BGB schließen könne. Die Möglichkeit einer einfacheren Echtheitskontrolle trifft wohl nur auf Banken zu, welche auch ein Vergleichsobjekt der Unterschrift ihrer

⁵³ *Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

⁵⁴ BGH IX ZR 259/91 = NJW 1993, 1126 = BGHZ 121, 224 = NJW-RR 1993, 625 = ZIP 1993, 424 = MDR 1993, 532 = DNotZ 1994, 440 = WM 1993, 496 = BB 1993, 409 = BB 1993, 749 = DB 1993, 975.

⁵⁵ *Rummel*, ÖBA 1996, 76, Anm zu OGH 1 Ob 515/95.

Kunden zur Verfügung haben. Ansonsten kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Geschäftspartner imstande ist, einen entsprechenden Abgleich vorzunehmen.⁵⁶ Wie *Rummel*⁵⁷ richtig anmerkt, scheint es nicht überzeugend, dass man dem Empfänger eine Echtheitsprüfung ermöglicht und ihm schlussendlich die Ungültigkeit der Bürgschaft entgegenhält. Außerdem lässt sich dem Hauptargument des Fälschungsrisikos ja ohnehin auf Beweisebene begegnen. So wird sich etwa der Empfänger, der sich auf Bürgschaft per Fax beruft, die Bestreitung dieser gefallen lassen müssen. Aus diesem Grund kann der Gläubiger natürlich jederzeit das Nachreichen des Originaldokuments verlangen, da er sonst im Falle eines Prozesses in erheblichen Beweisnotstand geraten würde. Wenn die Echtheit der Urkunde aber unbestritten sei, so könne es nur mehr auf die Warnfunktion ankommen, und diese kann jedenfalls auch durch ein Telefax gewahrt werden.

*P. Bydlinski*⁵⁸ ist ebenfalls der Ansicht, dass aus dem Wort „abgegeben“ nicht auf eine körperliche Übergabe im Original geschlossen werden kann. Diese Meinung vertritt er auch zum deutschen Recht und geht damit noch einen Schritt weiter. Die zugegangene Telefaxurkunde sei eine schriftliche Urkunde, welche auch die Unterschrift des Bürgen trägt. Ob dies der Regelung des § 1346 Abs 2 ABGB entspricht, müsse wiederum am Formzweck beurteilt werden. Der Übereilungsschutz ist demnach bei Telefax nicht weniger gewahrt als bei Zustellung des Originals. Entscheidend sei der Akt der Entäußerung an sich, wobei hier zwischen Fax und Übergabe des Originals kein Unterschied gemacht werden könnte, gewahrt sei der Bürge da wie dort. Es macht eben keinen Unterschied, ob der Bürge die Sendetaste seines Faxgerätes drückt, oder das Kuvert mit Originalurkunde in den Briefkasten steckt.

Auch *Kozio*⁵⁹ spricht sich entgegen 1 Ob 515/95⁶⁰ für eine gesonderte Beurteilung einer jeden einzelnen Formvorschrift aus. Nicht jede Formvorschrift

⁵⁶ *Rummel*, ÖBA 1996, 77, Anm zu OGH 1 Ob 515/95; *Rummel*, Telefax und Schriftform, in FS Ostheim (1990) 209 ff.

⁵⁷ *Rummel*, ÖBA 1996, 77, Anm zu OGH 1 Ob 515/95.

⁵⁸ *P. Bydlinski*, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGH, RdW 1996, 196.

⁵⁹ *Kozio*, ÖBA 1996, 478 f, Anm zu OGH 1 Ob 620/95.

habe den Nebenzweck, Echtheitszweifel auszuschließen. Auch er sieht im Telefax einen ausreichenden Akt der Entäußerung. Der Zweck der Norm sei nicht, dem Gläubiger auch die Verfügungsmöglichkeit über das Original zu verschaffen. Lege der Gläubiger besonderen Wert auf Erhalt der Originalurkunde, so könne er ohnehin seine Leistung bis zum Erhalt dieser zurückhalten. Dadurch würde gerade die aus Gläubigerschutzerwägungen verlangte Zusendung des Originals zur Echtheitskontrolle zu dessen Nachteil werden, nämlich dann, wenn ein Bürge die Urkunde tatsächlich unterschreibt, seinen Entäußerungswillen per Fax an den Gläubiger manifestiert und dieser berechtigterweise auf die formgerechte Abgabe vertraut. Fordert er die Originalurkunde nicht an, so hat er trotz wirksamer und fälschungsfreier Willenserklärung des Bürgen keinen Anspruch. Auf diesen Schutz wird er wohl gerne verzichten.

In einem weiteren Aufsatz spricht sich *Kozio*⁶¹ klar für eine rechtliche Trennung von eigenhändiger Unterschrift und Zugang des Originals aus, hier auch im deutschen Recht.

Gleicher Ansicht ist *Pfersmann*,⁶² welcher sich auch für eine strikte Trennung von Warnzweck und Echtheitsprüfung ausspricht. Die einfache und nicht beglaubigte Unterschrift des Bürgen von Hand zu Hand sei darüber hinaus noch viel leichter zu erreichen als erstens die Unterschrift, und zweitens das Einlegen in das Faxgerät. Dass im ersten Fall der Bürge unter dem Einfluss des unmittelbar vorangegangenen Gesprächs wohl leichtgläubiger sein wird, als wenn er die Möglichkeit hat in Ruhe (etwa von zu Hause) die Entscheidung zu fällen, ist wohl unbestritten. Unter anderem begründet *Pfersmann* die Notwendigkeit einer Telefaxbürgschaft auch mit der mangelnden Effektivität des Postverkehrs und dem Bedürfnis nach Beschleunigung, insb bei der hohen Anzahl der im Geschäftsverkehr übernommenen Bürgschaften. Dies ist zwar aus praktischen Erwägungen nachvollziehbar, aber mE kein treffendes Argument, bleibt man

⁶⁰ OGH 1 Ob 515/95 = JBI 1995, 656 = ÖBA 1995, 728 = ecolex 1995, 487 = AnwBl 1996/6105 [*Arnold*] = RdW 1995, 467 = ARD 4689/41/95 = MietSlg 47.057.

⁶¹ *Kozio*, EWIR 1993, 561, Anm zu BGH IX ZR 29/92.

⁶² *Pfersmann*, Bemerkenswertes aus der SZ 68/I, ÖJZ 1997, 530.

der Linie, Formgebote nach ihrem Zweck zu beurteilen, treu. Dieser ist bei der Bürgschaft der Warn- und Übereilungsschutz. Der Bürge soll gründlich überlegen, ob er sich auf weitreichende, ihn ausschließlich belastende, Rechtsfolgen einlassen will. Ginge es um eine Beschleunigung dieses Prozesses, so könnte man auch formfreie Bürgschaften zulassen. Dass es dabei natürlich um eine Beschleunigung des Postweges geht und die Entscheidungsfindung ohnehin vorher stattfindet, hilft ebenfalls nicht, da es nur um den Warnzweck geht. Die Ausführungen, dass sich der größte Teil der Bürgschaften im geschäftlichen Bereich abspiele, sind insofern heute irrelevant, als der Gesetzgeber mit Abschaffung des § 350 HGB gerade wieder die uneingeschränkte Anwendbarkeit von § 1346 Abs 2 ABGB auch auf Unternehmer normierte. Somit bleibt, de lege lata, kein Platz für eine Trennung in geschäftliche und private Bürgschaften. Dazu ausführlich unter Punkt III. d.

*Graff*⁶³ vergleicht die bisher sehr strikte Auslegung mit der formalen Garantiestrengung, welche aber bei der allgemeinen Schriftform nicht angebracht sei. In der in dieser Glosse besprochenen E 6 Ob 513/96⁶⁴ (Telefax im Anwendungsbereich des CMR) räumt der OGH, *Rummel* folgend, auch erstmals ein, dass bestehende Echtheitszweifel ohnehin nur in einem Gerichtsverfahren wirksam ausgeräumt werden können.

*Wilhelm*⁶⁵ blieb weiterhin auf dem Standpunkt, dass Formgebote unabhängig von einer teleologischen Reduktion zu beurteilen seien. Dies deshalb, da es dem Erklärungsempfänger nicht zumutbar sei, jede einzelne Formvorschrift auf ihre Gültigkeit zu überprüfen. Er berief sich dabei auch auf die deutsche L, wo sich etwa *Canaris*⁶⁶ aus Gründen der Rechtssicherheit für ein Verbot jeglicher teleologischer Reduktion ausspricht.

⁶³ *Graff*, AnwBl 1996/6262, Anm zu OGH 6 Ob 512/96.

⁶⁴ OGH 6 Ob 512/96 = AnwBl 1996/6262 [*Graff*] = *ecolex* 1996, 667 = SZ 69/107 = ZVR 1997/96 = ZfVR 1996/57 = HS 27.462 = HS 27.323 = RdW 1997, 76 = JBl 1996, 659.

⁶⁵ *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 448, Anm zu OGH 1 Ob 620/95.

⁶⁶ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² 192.

*Gruber/Rabl*⁶⁷ argumentieren kritisch, dass bei konsequenter Trennung des Unterschriftserfordernisses des Originals und Zugang der Erklärung auch eine mündliche Erklärung ausreichend sein müsste, während das unterschriebene Original beim Erklärenden verbleibt. Deshalb sei als Summe dieser beiden Erfordernisse eine übermittelte Telefaxerklärung nicht als gültig anzusehen. Dieser Vergleich ist wohl nicht ganz richtig. Es bleibt nämlich fraglich, ob bei bloß mündlicher Erklärung noch ein der körperlichen Übergabe gleichwertiger Akt der Entäußerung vorliegt, welcher als Teil der Warnfunktion gesehen wird. Dies muss (im Gegensatz zum Fall des Drückens der Sendetaste beim Faxgerät) wohl verneint werden. Anders als bei einem Telefax, wo durch die Übermittlung eines optisch dem Original entsprechenden Dokuments wohl jedenfalls das Bewusstsein der Abgabe rechtlich verbindlichen Inhalts geschärft wird. Dem Bürgen wird dadurch klar, der Gläubiger hat seine Erklärung nun „Schwarz auf Weiß“. Dies bei bloß mündlicher Übermittlung und späterem Zugang des Originals nicht der Fall. Dass die Bestreitung einer mündlichen Erklärung wesentlich einfacher ist, als einer schriftlichen (wenn auch nur Kopie), ist wohl jedermann bewusst, weshalb auch die verbindliche Einlassung in ein Rechtsgeschäft bei bloß mündlicher Erklärung nicht so deutlich wird wie bei übermittelter Telefaxerklärung. Auch weitere, die Gültigkeit der Erklärung in Frage stellende Konstellationen, wie etwa Unterzeichnung der Bürgschaft *nach* mündlicher Mitteilung, sind bei einer Übermittlung per Fax oder Scan gar nicht denkbar.

*P. und F. Bydlinski*⁶⁸ lehnen das Fälschungsargument ab, im Wesentlichen mit denselben Gründen wie die obigen Autoren. Ein besonders vorsichtiger Gläubiger könne ohnehin vor Auszahlung die Aushändigung des Originals verlangen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass der Gläubiger das Bestehen eines gültigen Bürgschaftsvertrages beweisen muss.

⁶⁷ *Gruber/Rabl*, RdA 2012, 428, Anm zu OGH 9 ObA 51/10f.

⁶⁸ *P. und F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand (2001) 19.

f. *Die Judikaturwende*

In 9 Ob 41/12p⁶⁹ hatte der OGH nun erneut zu beurteilen, ob eine Bürgschaftserklärung per Telefax dem Formgebot des § 1346 Abs 2 ABGB entspricht. Im vorliegenden Fall verbürgten sich ein Gesellschafter sowie zwei Rückbürgen durch per Telefax übermittelte Erklärungen der händisch unterzeichneten Bürgschaftsurkunden. Auch hier blieb er seiner Linie treu, wonach die Schriftlichkeit vor allem auch die Identität der Person und den Erklärungsinhalt zuverlässig wiedergeben soll.⁷⁰

Auch in dieser E gelangt der OGH zu dem Ergebnis, dass § 886 S 3 ABGB mangels allgemeiner Verkehrsüblichkeit nicht anwendbar ist. Überhaupt stellt die Frage, wann und bei welchem Rechtsgeschäft nun eine Nachbildung auf mechanischem Wege verkehrsüblich ist, aus Überlegungen der Rechtssicherheit ein Problem dar, zumindest soweit es um einzelne WE und nicht um das Massengeschäft großer Unternehmen geht. Man sollte sich ja auch auf die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit solcher Erklärungen verlassen können und nicht im Vertrauen auf die Verkehrsüblichkeit noch ein böses Erwachen befürchten müssen.⁷¹

Bezugnehmend auf *P. Bydlinski*⁷² und *Rummel*⁷³ geht der OGH auch darauf ein, dass sich die Reichweite des Formgebots nach dem Zweck desselben richtet und hebt hier den Warnzweck des Formgebots der Bürgschaft hervor. Vor allem betont er auch die Umstände, dass dem Bürgen das in (weiter) Zukunft gelegene Risiko oft nicht derart bewusst ist und schließlich hat er aus diesem Geschäft auch keinen wirtschaftlichen Vorteil zu erwarten.⁷⁴ Das Abstellen auf den Warn- und Übereilungsschutz macht der OGH auch dadurch

⁶⁹ OGH 9 Ob 41/12p = ÖBA 2013, 829 = JusGuide 2013/41/11598 = JusGuide 2013/41/11597 = EvBl 2013, 976 [*Brenn*] = ecolex 2013, 937 = JBI 2013, 663 = Zak 2013, 359 = AnwBl 2013, 685 = RdW 2013, 657 = ÖZW 2014, 77 [*Ecker*] = ZIK 2013, 234 = GesRZ 2014, 54 [*Cach*] = ZRB 2013, 194 = ÖJZ 2013, 990 [*Brenn*].

⁷⁰ RIS-Justiz RS0017221; OGH 1 Ob 525/93.

⁷¹ *P. und F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand (2001) 21 f.

⁷² Vgl *P. Bydlinski* in KBB³ § 886 Rz 2.

⁷³ Vgl *Rummel* in *Rummel*³ § 886 Rz 1.

⁷⁴ Vgl *P. Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991) 5 f.

deutlich, dass er den früheren E⁷⁵ zur Telefaxerklärung, mangels Übereilungsschutz, keine unmittelbare Bedeutung zumisst und diese nur am Rande erwähnt.

Sowohl die Aufhebung von § 350 HGB als auch die Neufassung des § 4 Abs 2 Z 4 SigG (qualifizierte elektronische Signatur reicht für private Bürgschaftserklärung dann, wenn sie zusätzlich die Erklärung eines den Bürgen aufklärenden Notars oder Rechtsanwalts enthält) gäben allerdings keinen Hinweis darauf, ob § 886 ABGB allgemein und dem Übereilungsschutz von § 1346 Abs 2 ABGB durch Telefax entsprochen werde.

Auch in dieser E führte der OGH die mehrfach geäußerte Kritik *Wilhelms*⁷⁶ an, wonach die Anwendung jeder Formvorschrift von jeder Teleologie unabhängig sei. Der überwiegenden Kritik der Lehre⁷⁷ konnte sich der OGH hier aber nicht mehr verschließen.

Somit anerkennt auch der OGH, dass die Fälschungsanfälligkeit vom Warnzweck des § 1346 Abs 2 ABGB strikt zu trennen ist. Vergleiche mit dem Original seien idR nicht möglich. Außerdem sei auch eine Zeichnung des Vertreters mit dem Namen des Vertretenen erlaubt.⁷⁸ Somit ist es unter dem Gesichtspunkt dieser E nun auch jedenfalls ausreichend, wenn die Vollmachtserteilung des Vertretenen per Telefax erfolgt.⁷⁹ Allerdings lässt hier ein Teil der L⁸⁰ den Formzwang des Ausführungsgeschäftes entfallen, da der Vertreter auf fremde Rechnung handle und daher nicht zu schützen sei. Dies entspricht allerdings nicht der hA.⁸¹

⁷⁵ 6 Ob 512/96: Vorbehalt nach Art 30 Abs 3 CMR; 1 Ob 620/95: per Fax abgerufene Garantiezusage; 9 ObA 96/07v: Auflösung eines Lehrverhältnisses per SMS; 5 Ob 133/10k: Erklärung des Vermieters per Mail nach § 16 Abs 1 Z 5 MRG.

⁷⁶ *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 448, Anm zu OGH 1 Ob 620/95; *Wilhelm*, *ecolex* 1994, 159, Anm zu 1 Ob 525/93; *Wilhelm*, *Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen*, *ecolex* 1990, 208 ff.

⁷⁷ Vgl *P. Bydlinski* in *KBB*³ § 1346 Rz 9; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*³ § 1346 Rz 11; *Gamerith* in *Rummel*³ 1346 Rz 8.

⁷⁸ Vgl *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 886 Rz 2; *Dullinger* in *Rummel*⁴ § 886 Rz 10.

⁷⁹ *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.01} § 1005 Rz 7.

⁸⁰ *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.01} § 1005 Rz 8 mwN.

⁸¹ *P. Bydlinski*, *GmbH-Geschäftsanteile* (1991) 47; *P. und F. Bydlinski*, *Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand* (2001) 61 ff.

Dem oben angeführten Argument zu den prozessualen Regelungen der Beweislastverteilung schloss sich der OGH ebenfalls an. Hervorzuheben sind insbesondere seine Äußerungen zum erforderlichen „Akt der Entäußerung“, bei welchem nun nach dem OGH kein (ausreichender) Unterschied mehr zwischen Übergabe von Hand zu Hand und dem Drücken der Sendetaste eines Faxgerätes liegt, da in beiden Fällen der Bürge mit dem Zugang beim Empfänger rechnet.

Zuletzt führt der OGH noch aus, dass der Identitätsnachweis dadurch nicht gänzlich obsolet wird, aber wie oben bereits ausgeführt, kann sich der Gläubiger seine Leistung bis zur Ausfolgung des Originaldokuments zurückbehalten.

In 1 Ob 161/13b⁸² wurden die Ausführungen dieser E nochmals ausdrücklich bestätigt. In diesem Fall ging es um einen Schuldbeitritt. Der OGH verwendet ausdrücklich den Begriff „Interzedent“, was auch auf eine Anwendung aller Fälle der §§ 25c und 25d KSchG schließen lässt. Dies würde auch in einer Linie mit der Judikatur zur analogen Anwendung von § 1346 Abs 2 ABGB stehen.

g. *Reaktionen der Lehre*

Die Ausführungen des OGH wurden auch in der Lehre vielfach diskutiert.

*Brenn*⁸³ bezieht sich dabei vor allem auf Vorjudikatur (insb 6 Ob 512/96: betrifft die oben bereits angesprochene E zum Anwendungsbereich des CMR; 6 Ob 290/98k: verweist ebenfalls auf die Leitentscheidung 1 Ob 515/95). Der OGH hielt in diesen E aber eben nur an dem Gesagten aus 1 Ob 515/95 fest, ohne eine neuerliche rechtliche Beurteilung vorzunehmen. Dies kann einer Judikaturwende, unter einer längst überfälligen Berücksichtigung namhafter Stimmen der Lehre, wohl nicht entgegenstehen. Außerdem sei die Schriftform

⁸² OGH 1 Ob 161/13b = ÖBA 2014, 127= Zak 2013, 381.

⁸³ *Brenn*, Wie viel ist das Schriftformgebot noch wert? ÖJZ 2013, 989 f.

der Bürgschaft durch § 97 3. TN⁸⁴ nach dem Vorbild des § 766 BGB eingeführt worden.⁸⁵ Dies stimmt natürlich, aber Zweck der Regelung war eben nur den Bürgen vor leichtfertigen Haftungsübernahmen zu schützen. Dass der für die Warnung erforderliche Akt der Entäußerung auch durch ein Telefax gewahrt werden kann, wurde vom OGH nun auch ausdrücklich bestätigt. Weiters sei aus den Wendungen „schriftlich erteilt“ im BGB und „schriftlich abgeben“ im ABGB kein Unterschied in der Rechtslage abzuleiten. Dies allein ist aber gerade nicht das einzige Argument der Gegenansicht, vielmehr ergibt sich der Unterschied auch aus einer gesamtrechtlichen Betrachtung der Formgebote in Ö und D, wonach eben das deutsche Recht generell etwas strenger ist (siehe die Ausführungen *Rummels*⁸⁶). *Brenn* anerkennt zwar, dass der Nachweis der Echtheit dem Gläubiger obliege, allerdings sollten durch das Schriftformerfordernis gerade solche Streitigkeiten vermieden werden und dementsprechend sei auch Gläubigerschutz und Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr zu wahren. Der Standpunkt *Brenns* widerspricht der Ansicht des OGH, dass eine Überprüfung (auch am Original) der Unterschrift auf ihre Echtheit in aller Regel nicht möglich sein wird, findet sich schlichtweg kein Vergleichsobjekt. Im Falle der Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen ist dies sogar gänzlich unmöglich. *Brenn* führt weiters aus, es ergäbe sich schon eindeutig aus den gesetzlichen Materialien zum VersRÄG 2012, dass Telefax nur für die in § 1b VersVG eingeführte „geschriebene Form“ gelte. Problematisch erscheint mir hier, dass zum einen die „geschriebene Form“ nur im Anwendungsbereich des VersVG gilt,⁸⁷ zum anderen aber bei der „geschriebene Form“ gar keine Unterschrift verlangt wird. Der Gesetzgeber spricht in den Materialien zur „geschriebenen Form“ ebenso von Übermittlung auf dem Postweg als auch per Telefax.⁸⁸ Dass durch eine per Post aufgegebene Originalurkunde aber auch das Schriftformerfordernis des § 886 ABGB gewahrt ist, bestreitet auch *Brenn* nicht, schließt aber andererseits, aus der Nennung des Telefax in den Materialien zum VersVG, auf seinen damit beschränkten Anwendungsbereich. Die entscheidende Frage betrifft aber nicht

⁸⁴ RGBI 69/1916.

⁸⁵ *Gamerith* in *Rummel*³ § 1346 Rz 8.

⁸⁶ *Rummel*, ÖBA 1996, 76 f, Anm zu OGH 1 Ob 515/95.

⁸⁷ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 7.

⁸⁸ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 6.

das „Ob“ einer Unterschrift überhaupt, sondern lediglich das „Wie“ der Entäußerung des unterschriebenen Dokuments. Ein nicht unterschriebenes Dokument würde, unabhängig von seiner Übermittlung per Fax oder auf dem Postweg, niemals die Rechtsfolgen einer Bürgschaftserklärung nach sich ziehen.

*Wilhelm*⁸⁹ lehnt unter Anwendung von Wissenschaftstheorie die Judikaturwende des OGH ebenfalls ab. Dies vor allem mit dem Argument, dass der Begriff „Abgabe“ das bleibe, was der historische Gesetzgeber unter diesem Begriff verstand und deshalb teleologisch auch nicht erweitert werden dürfe. Diesem war die Übermittlungsform des Faxes noch nicht bekannt, weshalb lediglich Übergabe der unterschriebenen Urkunde von Hand zu Hand in Betracht kam. Dem kann wohl entgegengehalten werden, dass gerade der hohe Abstraktionsgrad des ABGB sich auch dadurch auszeichnet, bisher noch unbekanntes, da technisch noch nicht durchführbare bzw. denkbare, Konstellationen zu umfassen. Ob der historische Gesetzgeber in Kenntnis der Telefaxtechnologie auch die Abgabe per Fax als zulässig erachtet hätte, kann de facto nicht mit Gewissheit gesagt werden. Es liegt aber auf der Hand, solche Probleme durch Erforschung des Schutzzwecks der Norm zu lösen.

Für eine Trennung von Übermittlungsform und Verpflichtung zur Unterschrift spricht sich auch *Cach*⁹⁰ aus. Zu einem Rechtsvergleich mit dem BGB meint er, dass dieser aufgrund der Ungleichbehandlung von Vollkaufleuten (gem § 350 dHGB formfreie Handelsbürgschaft) nicht zielführend sei. Dies bedeutet aber nur, dass in Ö Unternehmer strenger behandelt werden und sagt wenig darüber aus, warum deshalb § 1346 ABGB anders gelesen werden sollte als § 766 BGB, für Private besteht kein Unterschied. Außerdem stellte sich dieselbe Frage auch schon vor Abschaffung von § 350 HGB nicht anders. Die Argumentation *Rummel et al*⁹¹ scheint doch schlüssiger zu sein. *Cach* führt aus,

⁸⁹ *Wilhelm*, Juristische Erkenntnistheorie – Anwendung Telefax-Bürgschaft, *ecolex* 2013, 937.

⁹⁰ *Cach*, *GesRZ* 2014, 56 ff, Anm zu OGH 9 Ob 41/12p.

⁹¹ *Rummel*, *ÖBA* 1996, 76 f, Anm zu 1 OGH Ob 515/95; *P. Bydlinski*, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGH, *RdW* 1996, 196; *Koziol*, *ÖBA* 1996, 478 f, Anm zu 1 Ob 620/95.

dass in Folge der neuen Judikatur auch eingescannte Bürgschaftserklärungen samt Unterschrift des Bürgen wirksam sein müssen.⁹² Dem ist zuzustimmen.

Zur Frage, ob U-Pad bzw Pen-Pad-Unterschriften die Erfordernisse von § 886 ABGB erfüllen, meint *Wieser*,⁹³ diese seien keine qualifizierten elektronischen Signaturen, sondern mangels Zertifikat lediglich einfache Signaturen iSd SigG. *Brenn*⁹⁴ stellt fest, dass U-Pad-Unterschriften zusätzlich einer qualifizierten elektronischen Signatur benötigen, um „Schriftlichkeit“ iSv § 886 ABGB zu bewirken. Aufgrund der Tatsache, dass bei U-Pad-Unterfertigungen der unterzeichnete Text gar nicht angeschlossen ist, spricht sich auch *Riedler*⁹⁵ gegen eine wirksame Unterschrift iSv § 886 ABGB aus. Dies auch mit Blick auf die jüngste Rsp⁹⁶ des OGH, wonach man sowohl Erklärungsinhalt, als auch Identität der unterzeichnenden Person dem Schriftstück hinreichend zuverlässig entnehmen können muss.

Für *Ecker*⁹⁷ gelten die Ausführungen des OGH ebenfalls für per E-Mailverkehr übermittelte, eingescannte Dokumente. Allerdings äußert er auch Zweifel an der Begründung des OGH. Er gibt zu bedenken, dass der OGH durchaus einen psychologischen Unterschied beim Akt der Entäußerung durch Telefax einerseits und durch Aufgabe einer Urkunde in Briefform andererseits erkenne. Aus diesem Grund bezweifelt *Ecker*, ob eine Aufweichung des Formgebots im Einklang mit dem historischen Gesetzgeber sei und beruft sich dabei insb auf den Herrenhausbericht zur dritten Teilnovelle. Eine Trennung in Unterschrift des Dokuments und Abgabe der Erklärung lehnt er unter Berufung auf die hier rezensierten Meinungen von *Brenn*⁹⁸ und *Wilhelm*⁹⁹ ab. Die Formpflicht ziele vor allem auch auf eine Identitätsprüfung ab, weshalb eine Reduktion bloß auf die Warnfunktion nicht geboten sei. Dass etwaige Fälschungsfragen auf Beweisebene im Prozess geklärt werden könnten, überzeuge deshalb nicht, da

⁹² *Cach*, GesRZ 2014, 57, Anm zu OGH 9 Ob 41/12p; vgl auch *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 886 Rz 7.

⁹³ *Wieser*, Zu den Rechtswirkungen der Unterzeichnung rechtsgeschäftlicher Erklärungen auf einem Penpad, VR 2008-05, 22.

⁹⁴ *Brenn*, U-Pad Unterschriften sind keine Unterschriften, NZ 2010, 161 ff.

⁹⁵ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 886 Rz 7.

⁹⁶ OGH 9 Ob 41/12p; OGH 1 Ob 161/13b.

⁹⁷ *Ecker*, ÖZW 2014, 77 ff, Anm zu OGH 9 Ob 41/12p.

⁹⁸ *Brenn*, Wie viel ist das Schriftformerfordernis noch wert? ÖJZ 2013, 989 ff.

ein Prozess zum einen viel Geld und Zeit koste, zum anderen die Fälschungsproblematik, welche ja auch bei der einfachen Unterschrift existiert, nicht noch zusätzlich durch Telefax verschärft werden sollte. Mit Verweis auf jüngste verwaltungsgerichtliche Judikatur (VwGH 12/22/0126¹⁰⁰), fordert *Ecker* ein einheitliches Vorgehen der Höchstgerichte bei Dokumenten, welche die Unterschriftlichkeit voraussetzen. Hier wurde die Ungültigkeit einer unterschriebenen, aber bloß zugefaxten Erledigung iSv § 18 Abs 4 AVG festgestellt. Allerdings steht diese Judikatur durchaus im Einklang mit dem nun auch vom OGH festgelegten Grundsatz, wonach Formgebote auf ihren Zweck zu untersuchen sind. Dieser ist, wie auch der VwGH in seinem Urteil ausführt, bei § 18 Abs 4 AVG vor allem der Identitätsnachweis bzw Fälschungssicherheit und nicht, wie etwa bei der Bürgschaft, primär der Übereilungsschutz des Bürgen. Zur Verringerung des Fälschungsrisikos gesteht er dem Gläubiger aber durchaus die Zurückbehaltung seiner Leistung zu.

In einer weiteren Glosse sieht *Brenn* in der E 1 Ob 237/13d¹⁰¹ einen Widerspruch zur jüngsten Telefaxjudikatur. Es ging dabei um das formwirksame Zustandekommen einer Befristungsvereinbarung eines Mietverhältnisses gem § 29 MRG. Für den Autor stellt die E klar, dass sowohl Angebot als auch Annahme im Original zugehen müssen. Außerdem liege § 29 MRG – so wie § 1346 Abs 2 ABGB - Warn- (für Mieter) und Beweisfunktion (Vermieter) zugrunde. Dies ergebe sich auch daraus, dass die in der E angesprochenen „allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre“ auf alle WE anzuwenden seien. Dem kann man wohl entgegenhalten, dass der OGH in dieser E nichts darüber sagt, ob die Unterschrift im Original oder nur kopiert gesendet werden muss. Allerdings kann man bei der Formulierung des OGH „Kopie samt [!] Unterschrift“ durchaus den Schluss ziehen, die Unterschrift müsse im Original auf der kopierten Vertragsurkunde zugesandt werden. Das Problem bestand hier aber darin, dass die Annahmeerklärung gar nicht übermittelt wurde, darin lag wohl auch der Grund der Formunwirksamkeit für den OGH, weshalb er auf

⁹⁹ *Wilhelm*, Juristische Erkenntnistheorie – Anwendung Telefax-Bürgschaft, *ecolex* 2013, 937ff.

¹⁰⁰ VwGH 12/22/0126 = *ZfVB* 2014, 427.

¹⁰¹ *Brenn*, *EvBl* 2014, 565, Anm zu OGH 1 Ob 237/13d.

die Telefaxproblematik gar nicht erst einging. Der Autor bleibt also seiner Linie treu, wonach Formgebote generell zweckunabhängig zu beurteilen sind.

Im Gegensatz dazu spricht sich *Ring*¹⁰² ebenfalls für eine Berücksichtigung des Formzwecks aus. Es sei zu fragen, ob ein „bewusster Akt der Entäußerung“ erforderlich sei und ob dieser bei Fax nicht ohnehin auch gewahrt ist. Weiters sei bereits die Reichweite des Formgebots bei der Bürgschaft eine andere als bei der Befristung nach § 29 MRG. Dieser verlangt die schriftliche Erklärung beider Parteien im Gegensatz zum einseitigen Formgebot des § 1346 Abs 2 ABGB. Für *Ring* liegt der Zweck der Schriftlichkeit des Vermieters aber, im Gegensatz zum OGH,¹⁰³ nicht in der Beweissicherung für den Vermieter, sondern im Schutz des Vermieters, der dadurch vorzeitigen Kündigungen ein schwerwiegendes Beweismittel entgegenhalten kann (siehe auch 5 Ob 2085/96w¹⁰⁴). Für den Autor bezieht sich diese E nur auf die Reichweite des Formgebots, und ändert nichts an der Judikatur zur Formwirksamkeit von Telefaxerklärungen. Dafür spreche auch die vom OGH herangezogene Literatur.¹⁰⁵ Auch für *Ring* ist mit der Formulierung des OGH nicht gesagt, ob die Unterschrift auf die Kopie vor oder nach dem Kopieren gesetzt werden muss. Unter Bezug auf den Rechtssatz RIS-Justiz RS0017301 zieht er sogar die Möglichkeit in Betracht, dass bereits mündliche Verständigung von der handschriftlichen Unterfertigung ein ausreichender Zugang sein könnte, kommt aber zu dem Schluss, dass eine solche überschießende Interpretation der vorliegenden E 1 Ob 237/13d nicht zulässig ist, schließlich bezog sich der OGH in 1 Ob 530/76 explizit auch auf den Normzweck von § 76 Abs 2 S 1 GmbHG. Auch mE ginge eine derartige Anwendung auf einfache Schriftformgebote zu weit, siehe dazu die Ausführungen unter Punkt II. e., Seite 20.

¹⁰² *Ring*, Neues zur Schriftform? Zak 2014, 203.

¹⁰³ RIS-Justiz RS0030289.

¹⁰⁴ OGH 5 Ob 2085/96w = MietSlg XLVIII/23 = MietSlg 48.071 = MietSlg 48.322.

¹⁰⁵ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³ § 886 Rz 2; *Rummel* in *Rummel*³ § 886 Rz 1.

III. Die Auswirkungen

a. Auswirkungen auf § 886 ABGB

Durch die E 9 Ob 41/12p¹⁰⁶ stellt sich insb die Frage, ob der Zweck des Schriftformgebotes des § 886 ABGB generell relativiert wurde. Der OGH anerkennt, dass der Formzweck auch nach der Übermittlungsart zu beurteilen ist. Somit ist jede Regelung die einer bestimmten Form bedarf auf ihren Zweck hin zu untersuchen.¹⁰⁷ Das bedeutet nun nicht, dass immer dann, wenn das Gesetz „Schriftlichkeit“ verlangt, auch Übermittlung per Telefax als ausreichend iSd § 886 ABGB angesehen werden kann. Nur dann, wenn die Schriftform den Unterfertigenden ausschließlich warnen soll, kann man im Lichte dieser Judikatur nun wohl von gültiger Telefaxübermittlung ausgehen. Nachdem durch Schaffung des § 25c KSchG das Formgebot von § 1346 Abs 2 ABGB analog¹⁰⁸ auf Garantie und Schuldbeitritt ausgedehnt wurde, muss das Gesagte selbstverständlich auch für diese Formen der Sicherung gelten. Dahingehend ist auch die E 1 Ob 161/13b¹⁰⁹ zu verstehen. Bei der Garantie könnte man überlegen, ob aufgrund der Abstraktheit des Rechtsgeschäfts nicht doch auch die Übergabe erforderlich ist, da die Rechtsfolgen noch undurchschaubarer als bei der Bürgschaft sind. Da aber der Gesetzgeber nichts zur Schriftlichkeit der Garantieerklärung sagt und § 1346 Abs 2 ABGB schon seit Jahren analog auch auf die Garantie angewendet wird,¹¹⁰ ist ein strengerer Maßstab wohl nicht vertretbar. Außerdem wurde klargestellt, dass das Telefax ein gleichwertiger Akt der Entäußerung ist, womit das Erfordernis einer körperlichen Übergabe des Originals bei der Garantie auch sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Anders ist dies wohl bei Formgeboten, die der Beweissicherung, also der Erlangung größtmöglicher Gewissheit über die Echtheit der Urkunde, dienen.

¹⁰⁶ OGH 9 Ob 41/12p = ÖBA 2013, 829 = JusGuide 2013/41/11598 = JusGuide 2013/41/11597 = EvBl 2013, 976 [Brenn] = ecolex 2013, 937 = JBI 2013, 663 = Zak 2013, 359 = AnwBl 2013, 685 = RdW 2013, 657 = ÖZW 2014, 77 [Ecker] = ZIK 2013, 234 = GesRZ 2014, 54 [Cach] = ZRB 2013, 194 = ÖJZ 2013, 990 [Brenn].

¹⁰⁷ Rummel, ÖBA 1996, 73, Anm zu 1 Ob 515/95.

¹⁰⁸ 4 Ob 205/09i = JBI 2010, 509 [Lukas, I. Faber] = ÖBA 2010, 610 [Apathy]; Gruber, ZFR 2010, 223; Lukas, JBI 2011, 772 (777).

¹⁰⁹ OGH 1 Ob 161/13b = ÖBA 2014, 127 = Zak 2013, 381.

Ein weiterer Punkt der angesichts von 9 Ob 41/12p interessiert, ist die Aussage des OGH, dass der Gläubiger die Originalurkunde aus Beweissicherungsgründen anfordern kann. Dieses Auszahlungsverweigerungsrecht des Gläubigers bedarf näherer Untersuchung. Die Auszahlung eines Kreditbetrages hängt regelmäßig von einer gültigen Sicherheit ab. § 991 ABGB normiert ein Auszahlungsverweigerungsrecht des Kreditgebers, etwa bei Entwertung einer bedungenen Sicherheit.¹¹¹ Für Verbraucher gilt hier § 14 Abs 2 VKrG, wonach die Auszahlung von Kreditverträgen nur nach Vereinbarung, aus sachlich gerechtfertigten Gründen, verweigert werden kann.¹¹² Wenn aber die Sicherheit nun bereits mit Telefax gültig zustande kommt, so hat der Schuldner ab diesem Zeitpunkt einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung der Kreditsumme gegen den Gläubiger. Dem steht nun aber das vom OGH festgestellte Auszahlungsverweigerungsrecht des Gläubigers entgegen. Insofern könnte man dem OGH auf den ersten Blick Inkonsequenz unterstellen. Die Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger wird mit Zugang des Telefax wirksam. Der Bürgschaftsvertrag und die damit zusammenhängende Formvorschrift des § 1346 Abs 2 ABGB besteht aber ausschließlich im Verhältnis Bürge – Gläubiger. Demgegenüber steht das Verhältnis des Gläubigers (Kreditgeber) und seines Schuldners (Kreditnehmer). Die Feststellungen des OGH bezogen sich ausschließlich auf den Zweck des Formgebotes der Bürgschaft und die Frage der hinreichenden Warnung des Bürgen. Dem Gläubiger erkennt der OGH durchaus ein Interesse am Erhalt der Originalurkunde zu, weshalb er ihm auch ein Auszahlungsverweigerungsrecht bis zum Erhalt der originalen Bürgschaftserklärung zugesteht. Dies ist aber konsequent, würde sonst uU der Gläubiger auf Kosten der Formgültigkeit der Telefaxerklärung schlechter gestellt, da er sich schon mit dem kopierten Dokument begnügen müsste. So hat er es nach wie vor in der Hand über das Originaldokument selbst zu verfügen und droht später nicht Gefahr zu laufen, dass man ihm die generelle Unwirksamkeit einer unbestritten echten Telefaxbürgschaft entgegenhält. Die Fragen in 9 Ob 41/12p

¹¹⁰ OGH 1 Ob 595/92 = ÖBA 1993, 146 [*Apathy*] = ÖBA 1993, 243 = RdW 1993, 6 = ecolex 1993, 7 = ÖJZ 1993/31; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 880a Rz 18; *P. Bydlinski* in *KBB*⁴ § 880a Rz 3.

¹¹¹ *Perner* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 991 Rz 3; *Griss* in *KBB*⁴ § 991 Rz 1.

¹¹² *Perner* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 991 Rz 6; *Griss* in *KBB*⁴ § 991 Rz 4.

betrafen nur das Rechtsverhältnis Bürge – Gläubiger, deshalb könnte man die daraus resultierenden Folgen auf den Schuldner auch als bloße Reflexwirkung sehen, welche für ihn de facto keine Benachteiligung bringen, war der Gläubiger doch auch schon vor der Judikaturwende bis zum Erhalt des Originaldokuments nicht zur Leistungserbringung verpflichtet.

Ein weiteres Problem betrifft die Frage, ob der Gesetzgeber, wenn er Schriftlichkeit verlangt, immer auch „Schriftlichkeit“ iSd § 886 ABGB meint. *P. und F. Bydlinski*¹¹³ unterstellen dem Gesetzgeber eine gewisse Willkür bzw Unklarheit, ob er nun Schriftform verlangt oder andere Vorgaben macht. Sie plädieren dafür, dass bereits durch klare Formulierung (etwa „Schriftform“ und „einfache Schriftlichkeit“) ersichtlich ist, ob und von wem Unterschrift gefordert wird. In Anlehnung an den deutschen § 126b BGB fordern sie eine begriffliche Trennung zwischen Schriftform und bloßem Text ohne Unterschrift. Durch die bloße Textform sollen insb jene Sachverhalte erfasst werden, bei welchen die Informations- und Dokumentationsfunktion gegenüber der Beweisfunktion überwiegt und die Warnfunktion nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt.¹¹⁴ In Ö hat der Gesetzgeber in Anlehnung an § 126b BGB im AktRÄG 2009 § 13 Abs 2 AktG mit Einführung der „Textform“ eine abgeschwächte Form für rechtsgeschäftliche Erklärungen erlassen. Da sich diese spezielle Formvorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers¹¹⁵ ausdrücklich auf das AktG beschränkt, bedarf es keiner weiteren Untersuchung hinsichtlich einer gesamtrechtlichen Reformierung der Formgebote.

b. Das VersRÄG 2012 und die „geschriebene Form“

Allerdings wurde mit dem VersRÄG 2012 in § 1b Abs 1 VersVG zwischen „Schriftform“ iSd § 886 ABGB und der gänzlich neuen „geschriebenen Form“ unterschieden,¹¹⁶ was näherer Untersuchung bedarf. Im VersVG gilt der

¹¹³ *P. und F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand (2001) 8 f.

¹¹⁴ *Einsele* in MüKoBGB⁶ § 126b Rz 1.

¹¹⁵ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 9.

¹¹⁶ vgl *Riedler*, VersRÄG 2012 (2012) 42 ff.

Grundsatz der Formfreiheit, der aber schon immer durch eine Reihe von Bestimmungen durchbrochen wurde, welche „Schriftform“ iSd § 886 ABGB oder nun auch „geschriebene Form“ iSd § 1b Abs 1 VersVG verlangen.¹¹⁷ Diese einfache Form der Schriftlichkeit kommt gänzlich ohne Unterschrift aus und verlangt lediglich, dass aus der Erklärung (nicht dem Absender!) der Name des Erklärenden hervorgeht.¹¹⁸ Zu diesem Erfordernis äußerte sich *Riedler*¹¹⁹ kritisch, wonach es für eine Rücktrittserklärung des Versicherungsnehmers nicht ausreicht, dass dieser die durchgestrichene Polizza in einem, mit seinem Namen als Absender deklarierten, Briefkuvert an den Versicherer zurücksendet. Dies stehe im Widerspruch zu § 3 Abs 4 KSchG, wo für den Rücktritt des Versicherungsnehmers vom Haustürgeschäft in S 1 Schriftlichkeit gefordert wird, jedoch gleichzeitig in S 2 die Rückstellung der durchgestrichenen Vertragsurkunde als ausreichend angesehen wird. Da auch die Formvorschriften der §§ 5b und 5c VersVG lediglich zu Beweiszecken, aber nicht dem Übereilungsschutz des Versicherungsnehmers dienen, sollten lt *Riedler* im VersVG dieselben Prinzipien wie im KSchG gelten, sodass die Nennung des Erklärenden im Absender genügen muss.

Eine Übermittlung der Erklärung ist sowohl auf Papier (Postweg, Telefax) als auch elektronisch (E-Mail, Telefax über PC) möglich.¹²⁰ Wie der Gesetzgeber, auch mit Bezug auf die von *P.* und *F. Bydlinski* oben angeführte Kritik erkennt, lässt sich der Rechtsordnung kein einheitlicher Lösungsansatz für den häufig verwendeten Begriff der „Schriftlichkeit“ ableiten. In vielen Fällen würde dem Zweck der Form aber auch „einfache“ Schriftlichkeit (zB E-Mail) genügen, insb im Bereich der elektronischen Kommunikation, weil hier die „einfache“ Schriftlichkeit den Formzwecken der Warnfunktion und Beweissicherung zu genügen scheine.¹²¹

¹¹⁷ ZB „geschriebene Form“ in § 5b Abs 5 VersVG (Rücktrittsrecht des VN), § 37 VersVG (Einhebung der Prämie beim Versicherungsnehmer), § 164 Abs 1 VersVG (Gefahrerhöhung in der Lebensversicherung), Schriftform in §§ 100 Abs 2, 101 Abs 1 VersVG (Zustimmung des bzw Mitteilung an den Hypothekargläubiger in Gebäudeversicherung), §§ 159 Abs 2, 179 Abs 3 VersVG (Zustimmung einer Gefahrsperson); vgl *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 1a Rz 5.

¹¹⁸ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 6; *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 1b Rz 3; *Riedler*, VersRÄG 2012 (2012) 43.

¹¹⁹ *Riedler*, VersRÄG 2012 (2012) 44; *Riedler*, Miscellen zur neuen „geschriebenen Form“ des § 1b VersVG idF VersRÄG 2012, in FS Kerschner (2013) 256.

¹²⁰ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 6; *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 1b Rz 4; *Riedler*, VersRÄG 2012 (2012) 44.

¹²¹ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 6; *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 1b Rz 2.

§ 5a VersVG regelt die Voraussetzungen für eine sichere elektronische Kommunikation. Es sollen dadurch aber keine anderen Kommunikationswege, etwa per Post, ausgeschlossen werden. Die klassische Schriftform soll nur für jene Fälle ausbedungen werden können, in denen das Versicherungsverhältnis in seinem Bestand oder Inhalt betroffen ist.¹²² Dies bedarf wiederum einer übereinstimmenden Übermittlung elektronischer Erklärungen. Somit sind auch weitreichende Änderungen des Versicherungsverhältnisses (zB Vinkulierung, Änderung des Bezugsberechtigten) ohne Unterschrift möglich.¹²³ Dabei darf nicht vergessen werden, dass im Versicherungsrecht schon der Vertragsschluss formfrei möglich ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass § 1b VersVG mit § 5a VersVG nicht notwendigerweise in Zusammenhang steht. Ob eine Kommunikation per E-Mail zulässig ist, richtet sich, wenn eine Vereinbarung nach § 5a VersVG fehlt, nach den Regeln des allgemeinen Zivilrechts.¹²⁴

Unterschrift iSd § 886 ABGB bzw qualifizierte elektronische Signatur iSd § 4 Abs 1 SigG sind nur noch für Erklärungen erforderlich, wo der „Erklärende vor Übereilung geschützt werden soll *und* erhöhte Anforderungen an die Zuordenbarkeit bestehen“.¹²⁵ Ob diese Voraussetzungen tatsächlich kumulativ erfüllt sein müssen, wie etwa die Materialien¹²⁶ bei § 159 Abs 2 VersVG ausgehen, ist wohl kritisch zu betrachten. Bei einer Umlegung auf das ABGB könnte dies bedeuten, dass bei einem großen Teil der Formgebote die Unterschrift überflüssig wird, schließlich steht in den meisten Fällen nur Warn- oder nur Beweis Zweck hinter dem Formgebot. Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB muss mM bereits dann vorliegen, wenn etwa ausschließlich ein besonders hoher Warnzweck vorliegt (dies wird von der Rsp auch zu § 159 Abs 2 VersVG vertreten¹²⁷). Schon aus einem Größenschluss ist die Einhaltung der strengeren „Unterschriftlichkeit“ immer auch dann ausreichend, wenn „geschriebene Form“ verlangt wird.¹²⁸

¹²² *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 5a Rz 15.

¹²³ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 8 ff.

¹²⁴ *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 1b Rz 7; *Fenyves*, Aktuelle Fragen des VersRÄG 2012, VR 2013, H 1-2, 37.

¹²⁵ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 6; *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 1b Rz 6.

¹²⁶ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 6.

¹²⁷ OGH 7 Ob 189/10k = RdW 2011, 654 [*Reisinger*] = VersE 2361.

¹²⁸ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 6.

*Schauer*¹²⁹ spricht sich für eine Verwendung des Begriffs der Textform iSd § 13 Abs 2 AktG aus, da dadurch deutlich zum Ausdruck komme, dass auch die Übermittlung auf elektronischem Weg zulässig ist. Auch eine weitere Zersplitterung der Formvorschriften im Privatrecht ließe sich dadurch vermeiden. Dieser Vorschlag wurde vom Gesetzgeber mit dem Hinweis abgelehnt, die „Textform“ enthalte zusätzliche Kriterien über Präsentation und Wiedergabe der Erklärung, welche der „einfachen Schriftlichkeit“ eine neue Qualität verleihen würden und einen weiten Interpretationsspielraum eröffnen würden.¹³⁰

Interessant ist, dass der Gesetzgeber durchaus in Erwägung zieht, die „geschriebene Form“ auch ins ABGB einzubeziehen. Er betont aber auch, dass man vor einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der „geschriebenen Form“ über das VersVG hinaus deren praktische Tauglichkeit evaluieren muss, sodass vorerst *expressis verbis* keine Anwendung der „geschriebenen Form“ auf das ABGB möglich ist.¹³¹ *Riedler*¹³² nennt Effizienz und Kostenüberlegungen als Argumente für die „geschriebene Form“, darüber hinaus entspreche sie der alltäglichen Praxis, sowohl im reinen Unternehmer- oder Verbraucherverhältnis, als auch im Verhältnis der beiden Gruppen zueinander. Da Behauptungs- und Beweislast beim Absender der Erklärung liegt, sei auch unter Beweisaspekten die „geschriebene Form“ nicht mehr oder weniger beweiskräftig als etwa ein eingeschriebener Brief. Ohnedies wäre die gesetzliche Anerkennung der „geschriebenen Form“ im ABGB nur „deklarativer Natur“, da schon vor bestehender Rechtslage nach den Regeln der Privatautonomie und der damit einhergehenden Formfreiheit Erklärungen auch in Form von E-Mail oder Fax abgegeben werden können. Die gesetzliche Verankerung der „geschriebenen Form“ würde aber zu entsprechenden Rückschlageffekten auf gesetzliche Formgebote führen. Diese müssten zwangsläufig auf die Frage hin kontrolliert werden, ob im konkreten Fall nicht doch die „geschriebene Form“ nach ihrem Zweck ausreichend ist. Ob in Folge dessen mittels Parteienvereinbarung,

¹²⁹ *Schauer*, Der elektronische Versicherungsvertrag, in FS Reischauer (2010) 577.

¹³⁰ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 7; *Fenyves* in *Fenyves/Schauer*, VersVG 1 § 1b Rz 3.

¹³¹ ErläutRV 1632 BlgNR 24. GP 7.

¹³² *Riedler*, Miscellen zur neuen „geschriebenen Form“ des § 1b VersVG idF VersRÄG 2012, in FS Kerschner (2013) 265 f.

pauschal durch AGB oder individuelle, wieder auf die strengere Schriftform zurückgegangen werden könne, sei wiederum nach dem Formzweck der jeweiligen Regelung zu beurteilen, führte dies doch sonst zu einem Unterlaufen des gesetzgeberischen Willens. Um dies zumindest im Verbraucherbereich zu vermeiden, schlägt *Riedler* eine Novellierung von § 6 Abs 1 Z 4 KSchG vor, wonach für Verbraucher keine strengere Form als die „geschriebene Form“, anstelle des jetzigen Begriffs „Schriftform“, ausbedungen werden dürfe.

Betrachtet man den Umstand, dass in den Erläuterungen zum VersRÄG 2012 der Gesetzgeber davon ausgeht, dass für das Schriftformerfordernis des § 886, wie oben bereits ausgeführt, Übereilungsschutz einerseits und erhöhte Anforderungen an die Zuordenbarkeit (Beweiszweck) andererseits, gefordert sind, so müsste man davon ausgehen, dass bei einer begrifflich identen Anwendung die Bürgschaftserklärung des § 1346 Abs 2 ABGB auch bloß mit der „geschriebenen Form“ ihr Auslangen finden könnte. Schließlich geht nun auch die höchstgerichtliche Rsp davon aus, das Telos der Norm sei die Warnung des Bürgen. Allerdings stünde man dann wieder vor dem Problem, dass im Falle der Echtheitsbestreitung eine Anwendung des § 294 ZPO mangels Unterschrift nicht in Betracht käme. Für den OGH scheint dies aber ein gewichtiger Grund für sein Abgehen von der bisherigen Rsp zu sein, nahm er doch ausdrücklich darauf Bezug und gesteht dem Gläubiger ein Auszahlungsverweigerungsrecht seiner Leistung bis zum Erhalt der Originalurkunde zu. In Betracht käme hier im Falle der „geschriebenen Form“ nur mehr ein gerichtlicher Augenschein iSd §§ 368 ff ZPO, was idR zur Anwendung der allgemeinen Beweislastregeln¹³³ führen wird und somit im Ergebnis wieder der Gläubiger das Zustandekommen eines gültigen Bürgschaftsvertrages zu beweisen hätte. Stellt man sich den Fall vor, dass eine Bürgschaftserklärung (welche lediglich der Warnung des Bürgen dient) per PC aufgesetzt wird, welche zwar den Namen des Erklärenden (ebenfalls digital!) enthält, aber keine Unterschrift, so erfüllt dies zwar die einfache „geschriebene Form“, aber das Ergebnis wäre unbefriedigend. Die leichtfertige Übernahme einer Bürgschaft könnte dann im Ernstfall ohne Konsequenz sein, da der Gläubiger ohne eine den Bürgen individualisierende Urkunde, möglicherweise auch noch 10

¹³³ *Gitschthaler* in *Fasching/Konecny*² § 369 Rz 3; *Rosenberg*, Beweislast⁴ 115, 253 ff.

Jahre nach Abgabe der Erklärung, die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages schwer beweisen wird können. ME käme unter diesem Gesichtspunkt der Bürgschaftserklärung durchaus auch ein erhöhtes Zuordenbarkeitsinteresse zu, wodurch im Ergebnis auch nach dem Willen des Gesetzgebers des VersVG wieder Schriftform iSd § 886 ABGB verlangt werden müsste. Erhöhter Warnzweck liegt ohnehin vor. Dass etwa ein besonders hoher Warnzweck ein fehlendes Zuordenbarkeitsinteresse iSe beweglichen Systems ausgleicht (ebenso umgekehrt), kann den Materialien nicht entnommen werden, wäre aber bei einer allgemeinen Anwendung der „geschriebenen Form“ wohl zielführend. Berücksichtigen sollte man aber auch noch, dass der Gesetzgeber die geschriebene Form im VersVG eben insb für die Verwendung der elektronischen Kommunikation iSv § 5a VersVG erlassen hat. An diese sind auch bestimmte Voraussetzungen, wie etwa die Verwendung eines Postfachs, auf welches ausschließlich der Versicherungsnehmer zugreifen kann, geknüpft. Hier ist die Zuordenbarkeit einer Erklärung wieder eher bestimmbar. Ob dies aber ausreicht, um das Schriftformgebot des § 886 ABGB und auch die qualifizierte elektronische Signatur iSd § 4 SigG de lege lata hinter die „geschriebene Form“ in vielen Fällen anzustellen, muss mE verneint werden. Erstens muss auch die Verwendung elektronischer Kommunikation nach § 5a VersVG erst vereinbart werden (wenn auch formfrei), dies wird aber wohl regelmäßig auf dem vorgefertigten Antragsformular des Versicherers geschehen, welches in aller Regel mit der Unterschrift des Antragstellers unterfertigt ist. Zweitens würde dies zu einer wohl überzogenen Hintanstellung der Unterschrift führen, welche schwer zu rechtfertigen ist. Dass die Unterschrift dem Erklärenden die Herbeiführung von Rechtsfolgen besonders gut vor Augen führt, ist unbestritten und eine Reduktion auf eine bloß „einfache Schriftlichkeit“ deshalb in vielen Fällen nicht angebracht. Auch Beweiszwecke können gegebenenfalls besser mit (Original)unterschrift gewahrt werden.

Ein reines Abstellen auf die Terminologie „Schriftform“ oder „geschriebene Form“ ist zwar aus Rechtssicherheitsaspekten sinnvoll, jedoch muss für eine teleologisch richtige Anwendung dieser Begriffe gesorgt sein, ansonsten würde sich am Ausgangsproblem nichts ändern. Auch mit Blick auf den deutschen § 126b BGB kann festgestellt werden, dass eine einfache Schriftform wohl nur für jene

Regelungen zweckmäßig ist, die weder Beweis- noch erhöhte Warnfunktion haben. Eine eigenhändige Unterschrift führt dem Erklärenden die Herbeiführung von Rechtsfolgen eindrücklich vor Augen. Dem gegenüber steht ein uU nicht einmal selbst geschriebenes Dokument, welches lediglich den Namen des Erklärenden enthält. Ob ein solcher Vorgang mit Unterschriftlichkeit auf eine Stufe gestellt werden kann, muss bezweifelt werden. Zentrale Frage der E zur Telefaxbürgschaft war, wie bereits ausgeführt, ob ein Telefax einen hinreichenden Akt der Entäußerung darstellt. Auf die Form der Willensbildung wurde nicht eingegangen. Dem Fälschungsrisiko des unterschriebenen Dokuments wird auf der prozessualen Ebene hinreichend Geltung geschenkt, wie vom OGH ebenfalls in 9 Ob 41/12p festgestellt wurde.

c. Auswirkungen auf § 4 Abs 2 Z 4 SigG

Durch die Umsetzung der Signaturrechtlinie¹³⁴ und unter Beachtung der E-Commerce-Richtlinie¹³⁵ trat am 01.01.2000 das Signaturgesetz in Kraft. Genauer untersucht werden muss die sog „qualifizierte“ elektronische Signatur, welche gem § 4 Abs 1 SigG der eigenhändigen Unterschrift iSd § 886 ABGB gleichgestellt ist. Technisch funktioniert die elektronische Signatur nach folgendem Muster: Man bedient sich dabei eines asymmetrischen Verschlüsselungsverfahrens. Der Erklärende signiert (via Chipkarte, Handy oder PC) das gewünschte Dokument mit dem nur ihm zugänglichen privaten Schlüssel. Dieses Dokument kann der Empfänger mittels eines jedermann zugänglichen öffentlichen Schlüssels auf seine Authentizität überprüfen. Im Gegensatz zu einem symmetrischen Verschlüsselungsverfahren, wo sich beide Parteien desselben Schlüssels bedienen, ist eine vorangehende sichere Zusendung des Schlüssels nicht mehr notwendig. Mit Hilfe eines sog Hash-Algorithmus wird dann die Nachricht verschlüsselt. Bei der Entschlüsselung wird unter Anwendung des identen mathematischen Verfahrens wieder entschlüsselt. Dabei erhält man jeweils den sog Hash-Wert. Sind diese beiden Werte ident, so wurde die Nachricht nicht

¹³⁴ RL 1993/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.1999, Abl L 2000/13, 12.

¹³⁵ RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000, Abl L 2000/178, 1.

verändert. Manipulationen würden mit mathematischer Sicherheit zu einer Änderung des Hash-Werts führen und sind somit leicht festzustellen. Der Hashwert bleibt zwar immer gleich lang, ändert aber bei jedem Signierungsvorgang seine konkrete Ausformung und kann deshalb nicht kopiert werden. Die einzige Sicherheitslücke besteht darin, dass die Zuordnung der Schlüssel zu einer bestimmten Person nicht gewährleistet werden kann. Hier kommen die sog Zertifizierungsstellen ins Spiel. Diese sind für die Zuordnung des Schlüssels verantwortlich. Die Anforderungen an eine sog „qualifizierte“ elektronische Signatur sind ausführlich in § 5 iVm § 7 SigG geregelt.

Da wie bereits ausgeführt, das Fälschungsrisiko minimiert ist und eine Echtheitsprüfung, im Gegensatz zu einer normalen Unterschrift, sehr einfach möglich ist, stellt sich insb die Frage, ob ein Bürge bei Verwendung einer elektronischen Signatur auch ausreichend gewarnt ist. Gem § 4 Abs 2 Z 4 SigG ist er das nicht, zumindest wenn die Bürgschaftserklärung außerhalb der gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit abgegeben wird. Ansonsten bedarf es zusätzlich der Erklärung eines Notars oder Anwalts, welcher den Bürgen über die Rechtsfolgen seiner Erklärung belehrt hat. Damit die Warnfunktion ausreichend gewahrt ist, fordert *Brenn*,¹³⁶ dass die Zertifizierungsstelle das Vertrauen beider Parteien genießt und sie von ihr auch über die Rechtswirkungen elektronischer Signaturen belehrt werden.

In Ö bietet etwa das Unternehmen A-Trust qualifizierte elektronische Signaturen an. Da die digitale Unterschrift nur Online (zB mit Bürgerkarte oder FinanzOnline) oder bei einer Registrierungsstelle (zB Wirtschaftskammern) aktiviert werden kann, habe ich diese Möglichkeiten etwas genauer untersucht. Das Ergebnis kann kurz gehalten werden, ist es doch eindeutig: Interessierte kommen schon vor der Anforderung einer digitalen Signatur nicht herum, mehrmals auf deren rechtliche Gleichstellung zur normalen Unterschrift iSv § 886 ABGB hingewiesen zu werden,¹³⁷ somit wird schon von Anfang an ein Bewusstsein für die digitale Herbeiführung von Rechtsfolgen geschaffen. Das ist auch der entscheidende

¹³⁶ *Brenn*, Verbürgung durch mouse-click? *ecolex* 1999, 243.

¹³⁷ Vgl <http://www.buergerkarte.at/pdf-signatur-karte.html>; <http://www.buergerkarte.at/pdf-signatur-handy.html> zuletzt aufgerufen am 07.01.2015.

Punkt: bereits die Anforderung einer digitalen Signatur bedarf eines gewissen Aufwandes,¹³⁸ auch wenn der Schlusspunkt (also die digitale Unterschrift) etwa nur durch einen mouse-click gesetzt wird, wie dies etwa *Forgo*¹³⁹ festhält. Dies rechtfertigt aber nicht die Ungleichbehandlung der digitalen zur normalen Unterschrift im Falle der Bürgschaft,¹⁴⁰ so oder so ist sich der Bürge der Abgabe einer rechtlich verbindlichen Erklärung ausreichend (oder besser: gleich) bewusst. Außerdem kommen die Anforderungen von Z 4 eher der Substitution eines Notariatsakts denn der einfachen Schriftform des § 886 ABGB gleich, was insbesondere im Lichte der neuen Judikatur interessiert, welche eine Abschwächung des Schriftformgebots mit sich bringt. Zumindest geht man davon aus, der Notar/Anwalt müsse nicht nur über die Tatsache aufklären, dass mit der digitalen Signatur allgemein Rechtsfolgen herbeigeführt werden ohne dabei näher auf die Rechtsfolgen der Bürgschaft einzugehen (dies käme einer Gleichstellung zur Schriftform des § 886 ABGB jedenfalls näher). Aus den Materialien¹⁴¹ geht aber der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers hervor, dass *„ein Notar oder ein Rechtsanwalt am Zustandekommen des Rechtsgeschäftes oder der Willenserklärung beratend beteiligt war“*.

Wie kann man nun die neue OGH-Judikatur hier einordnen? Der OGH geht in seinem Urteil davon aus, dass § 4 Abs 2 Z 4 SigG keine Rückschlüsse darauf zulässt, ob eine Telefaxbürgschaft das allgemeine Schriftformerfordernis des § 886 ABGB und den Übereilungsschutz des § 1346 Abs 2 ABGB erfüllt. ME kann man aber durchaus in systematischen, die gesamte Rechtsordnung umfassenden Auslegung, diesbezügliche Schlüsse ziehen. Wie bereits ausgeführt, ist der Warnzweck durch die digitale Signatur wohl gleichermaßen erfüllt wie bei der normalen Unterschrift. Ebenso stellt sich de facto das Problem des Fälschungsrisikos bzw der Überprüfung der Echtheit nicht. Der OGH anerkennt in 9 Ob 41/12p durchaus ein Interesse des Gläubigers am Identitätsnachweis des Bürgen mittels Originalurkunde, weshalb er ihm auch das oben erörterte Auszahlungsverweigerungsrecht zugesteht, um im Falle eines Prozesses

¹³⁸ *Jud/Högler-Pracher*, Die Gleichsetzung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift, *ecolex* 1999, 610.

¹³⁹ *Forgo*, Was sind und wozu dienen digitale Signaturen? *ecolex* 1999, 235.

¹⁴⁰ *Jud/Högler-Pracher*, *ecolex* 1999, 610.

¹⁴¹ ErläutRV 1169 BlgNR 22. GP 41.

größtmögliche Sicherheit zu erlangen. Aufgrund dieser Ausführungen ist von einer Gleichwertigkeit von Unterschrift und qualifizierter elektronischer Signatur auszugehen. Somit müsste dieses Urteil de lege ferenda wohl zu einer Änderung des SigG führen. Die Einordnung des Schriftformgebots der Bürgschaft unter den Ausnahmetatbestand des § 4 Abs 2 SigG ist mE systemwidrig und gehört beseitigt, da das Fälschungsrisiko so gut wie ausgeschaltet wird und die Warnung des Bürgen keine geringere ist als bei normaler Unterschrift. Dem Argument der missbräuchlichen Verwendung einer gestohlenen Bürgerkarte kann entgegengehalten werden, dass auch die Gefahr des Aufklebens der ausgeschnittenen Originalunterschrift¹⁴² und anschließenden Kopie nicht zur generellen Ungültigkeit einer Telefaxbürgschaft führt.

Natürlich kann man das Blatt auch wenden. Dies würde bedeuten, die Judikatur des OGH widerspricht einer gesamtrechtlichen Betrachtung der Formgebote des österr Rechts. Schließlich scheint es für ihn unproblematisch und klar, dass § 4 Abs 2 Z 4 SigG die Bürgschaft der digitalen Signatur vorenthält, er geht auf den vorhandenen oder nicht vorhandenen Warnzweck der digitalen Signatur auch gar nicht näher ein. Aber nicht zuletzt, da er dem Fälschungsrisiko (zumindest auf prozessualer Ebene) ein entsprechendes Gewicht zukommen lässt, und in Berücksichtigung, dass dieses Risiko durch die digitale Signatur noch besser eingeschränkt werden kann, dürfte er nicht die Telefaxbürgschaft als formgültig erachten, während er dies für die „qualifizierte“ elektronische Signatur wie selbstverständlich nicht tut. Bezüglich des Warnzwecks würden sich bei genauer Betrachtung keine Unterschiede ergeben.

Jedenfalls angebracht wäre aber eine Klarstellung des Gesetzgebers, ob ein den Interzessionsbegriff des § 25c KSchG erfüllendes Rechtsgeschäft ebenfalls von diesem Ausnahmetatbestand erfasst ist. Der OGH¹⁴³ geht davon aus, dass der Gesetzgeber bei der Frage, ob auch eine Pfandbestellung unter den Interzessionsbegriff des KSchG fällt, solch deutliche sichtbare Sachverhalte gar nicht übersehen könne. Es liege deshalb keine planwidrige Lücke vor, weshalb

¹⁴² *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 447, Anm zu OGH 1 Ob 620/95.

¹⁴³ OGH 9 Ob 16/06b = *ecolex* 2008, 417 [*Leitner*] = *ecolex* 2007/218 = *JusGuide* 2007/16/4583 = ÖBA 2007, 654 [*P. Bydlinski*] = *RdW* 2007, 599 = *KRES* 1g/69 = *ZFR* 2007, 169 = ÖBA 2008, 75 = *HS* 38.469.

auch keine analoge Anwendung von § 25c KSchG möglich sei. In 4 Ob 205/09i¹⁴⁴ weitete der OGH das Schriftformerfordernis auf alle Fälle des § 25c KSchG aus. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Nennung der Bürgschaft in § 4 Abs 2 Z 4 SigG abschließend ist oder ob auch hier eine analoge Anwendung auf § 25c KSchG geboten scheint. Dem historischen Gesetzgeber des SigG war § 25c KSchG bekannt, in den Materialien geht er aber auf eine in eventu weitere Auslegung von der Z 4 des SigG nicht ein. Könnte man auch hier argumentieren, es handle sich um eine Situation, welche vom Gesetzgeber gar nicht übersehen werden könne, weshalb mangels planwidriger Lücke auch eine analoge Anwendung auf § 25c KSchG nicht möglich ist? Oder müsste man, auch im Lichte der E 4 Ob 205/09i, doch eine Analogie zulassen? Schließlich bezieht sich § 1346 Abs 2 ABGB ausdrücklich auf das Formgebot der Bürgschaft, sodass wohl alle von § 1346 Abs 2 ABGB analog erfassten Fälle auch von § 4 Abs 2 Z 4 SigG analog erfasst sein sollten, geht es doch in beiden Fällen um die Erklärung des Bürgen. Ausjudiziert wurde ein solcher Fall, etwa eine Schuldbeitritt mit digitaler Signatur, bisher noch nicht. Jedenfalls wäre hier begriffliche Exaktheit des Gesetzgebers wünschenswert.

Auffallend ist auch noch, dass der Gesetzgeber im SigG eine Differenzierung trifft, welche eigentlich mit Aufhebung von § 350 HGB nicht mehr vorgesehen war. Er wendet unterschiedliche Maßstäbe zwischen privaten Erklärungen einerseits und Erklärungen gewerblicher, geschäftlicher oder beruflicher Tätigkeit andererseits an. Aufgrund des oben Ausgeführten und der Tatsache, dass sich jeder, der sich elektronischer Signaturen bedient auch der Rechtsfolgen bewusst ist, halte ich einen solchen Wertungsunterschied zwischen ABGB und SigG für ungerechtfertigt. Allerdings wirft die Terminologie von § 4 Abs 2 Z 4 SigG durchaus die Frage auf, ob nicht eine generelle Differenzierung (sowohl nach ABGB als auch SigG) zwischen Verbraucher und Unternehmer geboten scheint, nicht zuletzt mit Blick auf das schw Recht. Siehe dazu unter Punkt III. d.

¹⁴⁴ 4 Ob 205/09i = JBI 2010, 509 [Lukas, I. Faber] = ÖBA 2010, 610 [Apathy]; Gruber, ZFR 2010, 223; Lukas, JBI 2011, 772 (777).

d. Schenkungsverträge ohne Übergabe

Auf ein ähnliches, nur noch deutlicheres Problem stößt man, wenn die neue Judikatur in Relation zum Formgebot für Schenkungsverträge ohne Übergabe gesetzt wird. § 1 Abs 1 lit d NotAKtsG verlangt für diesen Fall einen Notariatsakt. Liegt dieser nicht vor, so ist das Rechtsgeschäft nichtig, der Formmangel kann nur durch Erfüllung geheilt werden, nicht aber durch Anerkenntnis oder Verzicht.¹⁴⁵ Zu den allgemeinen Ausführungen diesbezüglich siehe unter Punkt I.b. Zweck des Formgebotes ist es, den Schenker vor Übereilung bzw Ausbeutung, den Gläubiger vor frei erfundenen Schenkungsverträgen zu schützen.¹⁴⁶ Nicht zuletzt sorgt der Notariatsakt für Klarheit und Beweissicherheit.¹⁴⁷ Unter „wirklicher Übergabe“ versteht man einen Akt, aus welchem hervorgeht, dass der Schenkende das Objekt nun aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten übertragen will.¹⁴⁸ Darunter fallen körperliche Übergabe, Übergabe durch Zeichen und Besitzauflassung, nicht aber Besitzkonstitut.¹⁴⁹ Nach der Rsp¹⁵⁰ bezweckt das Formgebot des § 1 Abs 1 lit d nur den Übereilungsschutz des Schenkenden, Beweissicherungsaspekt und Gläubigerschutz seien zu vernachlässigen, da sie auf diesem Wege nicht erreicht werden können. Letztgenanntem ist durch die Gläubigerschutzbestimmungen in IO und AnfO genüge getan.¹⁵¹ Aus diesem Grund ist für die Einhaltung der Form nur noch die Erklärung des Schenkers in Form eines Notariatsakts erforderlich, nicht aber jene des Beschenkten.

Das hier zu behandelnde Problem liegt aber insb in der Diskrepanz zwischen Bürgschafts- und Schenkungsform. Der Ablauf einer Schenkung dürfte jedermann geläufig sein und somit wird in aller Regel das auch der Aufklärung dienende Gespräch zwischen Vertragsparteien und Notar sehr kurz und ohne große Überraschungen verlaufen. Das eine solche Erklärung auf die Herbeiführung von

¹⁴⁵ Vgl *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 1 NotAKtsG Rz 5.

¹⁴⁶ Vgl *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 1 NotAKtsG Rz 5; *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 943 Rz 5; *Stanzl* in *Klang IV/1*, 611.

¹⁴⁷ *Gschnitzer* in *Klang IV/1*, 245.

¹⁴⁸ *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 943 Rz 2; *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 943 Rz 14; *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 943 Rz 5.

¹⁴⁹ *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 943 Rz 2; *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 943 Rz 15; *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 943 Rz 5; *Schubert* in *Rummel*⁹ § 943 Rz 1.

¹⁵⁰ 5 Ob 266/99z = ecolex 2000/139 [abl *Wilhelm*] = Wobl 2001, 270 = NZ 2001/489 [Hoyer] = RdW 2000, 344 = MietSlg 51.098; 2 Ob 123/01d = EFSlg 97.549.

Rechtsfolgen gerichtet ist, wäre dem Schenkenden wohl auch schon durch die einfache Schriftform des § 886 ABGB zu vermitteln (so etwa auch § 243 Abs 1 schwOR). Zuletzt kommt dem Schenkenden ohnehin noch die Vermutung von § 915 ABGB zugute, wonach bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften undeutliche Erklärungen zu Lasten des Beschenkten gehen. Im Gegensatz dazu birgt eine Bürgschaftserklärung wesentlich größere und verstecktere Risiken. Dabei wird dem Bürgen seine Verpflichtung seitens Gläubiger und Hauptschuldner nicht selten als bloße Formalität dargestellt.¹⁵² In vielen Fällen gehen Regressansprüche ins Leere, da gerade im Familien- oder Bekanntenkreis nicht selten unüberlegt existenzgefährdende Haftungen eingegangen werden.

Nicht uninteressant sind dabei auch die Beweggründe des damaligen Justizministers, die zu einer Verschärfung des Formgebots der Schenkung von einfacher Schriftform im materiell derogierten § 943 ABGB zum Notariatsakt in § 1 Abs 1 lit d führten:

„Ich verweise in dieser Richtung bloß darauf, wie häufig es im Leben vorkommt, dass Leute planmäßig an ältere vermögende Männer herandrängen.[...] ihnen sodann in einer schwachen Stunde ein Versprechen ablocken, nachdem sie das Versprechen Schwarz auf Weiß erhalten, [...] die Hilfe des Gerichtes in Anspruch nehmen.“¹⁵³

Diese Überlegungen sind wohl nicht mehr ganz zeitgemäß. Unter den hier vorgebrachten Erwägungen ist mE eine Differenzierung, wenn überhaupt, nur umgekehrt sachlich zu rechtfertigen. Auch über die Einführung von Wertgrenzen¹⁵⁴ (sowohl bei Schenkung als auch bei der Bürgschaft) sollte de lege ferenda nachgedacht werden. So könnte man bis zu einem bestimmten Betrag die einfache Schriftform als ausreichend ansehen, während darüber nur noch ein Notariatsakt formwirksam ist.¹⁵⁵ So etwa Art 439 schwOR, welcher die Grenze bereits bei 2.000 Franken setzt. Dies würde aber mehr Klarheit des Gesetzgebers

¹⁵¹ Parapatits in *Schwimann/Kodek*⁴ § 943 Rz 5.

¹⁵² P. Bydlinski, Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe, NZ 1991, 166.

¹⁵³ Kaserer, Materialien 1871, 121.

¹⁵⁴ P. und F. Bydlinski, Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand (2001) 64 f u 68 f.

¹⁵⁵ Vgl P. und F. Bydlinski, Gesetzliche Formgebote auf dem Prüfstand (2001) 69 f.

bezüglich des Umfangs des maximalen Haftungsbetrags verlangen, welche nach schweizer Recht ausdrücklich beziffert sein muss. Vor diesem Hintergrund könnte man, zumindest bei der Bürgschaft, über eine Trennung zwischen unternehmerisch tätigen und privaten Bürgen nachdenken, die Terminologie von § 4 Abs 2 Z 4 spricht durchaus dafür. Dies könnte etwa bedeuten, dass für Bürgschaften außerhalb des gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeitsbereichs nach wie vor die einfache Schriftform des § 1346 Abs 2 ABGB reicht, aber für private Bürgschaften (zumindest ab einer bestimmten, festzulegenden Wertgrenze) ein Notariatsakt erforderlich wäre. Sachlich wäre dies jedenfalls durch das unterschiedliche Übereilungsschutzbedürfnis der beiden Gruppen gerechtfertigt. Dagegen spricht der gesetzgeberische Wille, welcher mit Inkrafttreten des UGB 2007 die Anwendbarkeit der Bürgschaftsform des § 1346 Abs 2 ABGB auf Unternehmer anordnete.

Im Lichte des hier Ausgeführten kann man die Judikaturwende zur Telefaxbürgschaft durchaus kritisch betrachten. Es ist hRsp,¹⁵⁶ dass der Notariatsakt bei der Schenkung ausschließlich der Warnung des Schenkenden dient, und auch bei der Bürgschaft ist das nicht anders. Aufklärungsbedürftiger ist aber, wie ausgeführt, jedenfalls der Bürge. Nun wurde aber schon ausführlich festgestellt, dass der Warnzweck durch Telefax gleich gewahrt ist wie durch körperliche Übergabe des Originals. Somit ist zwar die neue Judikatur unter dem Gesichtspunkt des § 1 Abs 1 lit d NotAkteG vertretbar, da sich an der Warnung iSd § 886 ABGB nichts ändert, es wäre aber wünschenswert, wenn der OGH das Verhältnis dieser beiden Formgebote kurz beleuchtet hätte, denn angesichts der Ungleichbehandlung von Schenkung und Bürgschaft de lege lata bedarf mM jede weitere Abschwächung des Formgebots der Bürgschaft im Verhältnis zur Schenkung einer besonderen Rechtfertigung. Es ist hier aber vor allem der Gesetzgeber gefordert für Klarheit zu sorgen und solche Wertungswidersprüche auszubessern.

e. Formgebote bei dinglichen Sicherungsrechten

Nicht Entscheidungsgegenstand, aber mE trotzdem sehr relevant ist die Frage nach Formgeboten bei dinglichen Sicherheiten. Während der Gesetzgeber einerseits durchaus strenge Formvorschriften im Bereich der Schenkung festlegt, existiert lediglich für eine Kreditsicherheit, der Bürgschaft, ein gesetzliches Formgebot. In 4 Ob 205/09i¹⁵⁷ stellte der OGH klar, dass die Schriftform des § 1346 Abs 2 ABGB, ohne Beschränkung auf Verbrauchergeschäfte, auf alle Fälle (Garantie, Bürgschaft, Schuldbeitritt) des § 25c KSchG anzuwenden ist. Entscheidendes Kriterium war für den OGH das Entstehen für eine formell eigene, aber materiell fremde Schuld. Demnach ist nach *Apathy*¹⁵⁸ Schuldbeitritt eines Beitretenden, der „echter Mitschuldner“ werden soll, in Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber der dritten Teilnovelle,¹⁵⁹ auch mündlich möglich. Die Analogie wird vom OGH nicht auf Verbrauchergeschäfte beschränkt, da die gleiche Schutzbedürftigkeit von Bürgen, Beitretenden und Garanten auch im Allgemeinen Recht gegeben sei, auch dort handelt es sich in allen Fällen um eine materiell fremde Schuld. Demgegenüber steht der Interzessionsbegriff des ABGB in § 1343 ABGB: dabei kommt es auf das Entstehen für eine materiell fremde Schuld an, unabhängig von einer bestimmten Rechtsform. Somit ist der Interzessionsbegriff des ABGB ein weiterer und umfasst auch die Drittpfandbestellung.¹⁶⁰ Daraus schließt eine Teil der Lehre,¹⁶¹ die Aufzählung des § 25c KSchG sei bloß demonstrativ. Der OGH verneint in 9 Ob 85/02v¹⁶² erstmals eine Ausdehnung des Interzessionsbegriffs auf Drittpfandbestellungen mit dem Argument, das Bedürfnis nach Schutz vor Überforderung sei bei Verpfändungen nicht in der gleichen Weise wie bei persönlichen Sicherheiten gegeben, da es sich bei dinglichen Sicherheiten um bereits vorhandenes Vermögen handle und er somit nicht seine Zukunft belaste. Außerdem sei eine Analogie mangels planwidriger Lücke nicht möglich.

¹⁵⁶ 5 Ob 266/99z = ecolex 2000/139 [abl *Wilhelm*] = Wobl 2001, 270 = NZ 2001/489 [Hoyer] = RdW 2000, 344 = MietSlg 51.098; 2 Ob 123/01d = EFSlg 97.549.

¹⁵⁷ 4 Ob 205/09i = JBI 2010, 509 [*Lukas, I. Faber*] = ÖBA 2010, 610 [*Apathy*]; *Gruber*, ZFR 2010, 223; *Lukas*, JBI 2011, 772 (777).

¹⁵⁸ *Apathy*, ÖBA 2010, 614, Anm zu OGH 4 Ob 205/09i.

¹⁵⁹ Mat III. TN 270 f, 417 f.

¹⁶⁰ Vgl *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 1342– 1345 Rz 6; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*³ §§ 1342 – 1345 Rz 3.

¹⁶¹ *P. Bydlinski* ÖBA 2002, 932, Anm zu OGH 9 Ob 85/02v mwN.

Aus den Materialien geht aber eben nicht hervor, dass der Gesetzgeber die Pfandbestellung ausdrücklich ausschließen will, der Gesetzgeber lässt dies einfach unerwähnt und statuiert nur, dass der Interzessionsbegriff für Bürgen, Mitschuldner und Garanten gleichermaßen gelte.¹⁶³ Mit der gleichen Begründung verneinte der OGH auch in 9 Ob 16/06b¹⁶⁴ die analoge Anwendung der §§ 25c und 25d KSchG auf die Drittpfandbestellung. Das Nichtbehandeln des Gesetzgebers spricht wohl stärker für Übersehen, denn für bewusste Ungleichbehandlung, weshalb durchaus eine planwidrige Lücke vorliegt.¹⁶⁵ Ein Teil der L¹⁶⁶ spricht sich mangels gleichen Risikos und somit geringerem Warnbedürfnis für den formfreien Pfandbestellungsvertrag aus. So sei im Falle der Verpfändung einer Eigentumswohnung zwar die Haftung nur auf die bereits vorhandene Wohnung begrenzt, jedoch bedarf es im Falle der Versteigerung eines sog existenznotwendigen Gutes,¹⁶⁷ zB einer Mietwohnung. Die zusätzlichen Mietkosten sind dann durchaus mit denen einer Bürgschaft vergleichbar und geeignet, auch einen Drittpfandbesteller zu ruinieren.¹⁶⁸ Deshalb kommt man bei einer teleologischen Interpretation zu dem Ergebnis, dass nur im Falle der Verpfändung existenznotwendiger Güter, welche einer Substituierung bedürfen, das Bedürfnis nach Übereilungsschutz besteht wie bei persönlichen Sicherheiten. Historisch hingegen kann man aus dem Schweigen des Gesetzgebers keine Zustimmung ableiten, sodass das Ergebnis der teleologischen Interpretation nur dann unwirksam wäre, wenn aus den Materialien eindeutig hervorginge, der Gesetzgeber wolle den Interzessionsbegriff der §§ 25 c und 25d KSchG abschließend verstehen.¹⁶⁹ Die Rechtsansicht des OGH wurde allerdings jüngst durch einen abgelehnten Abänderungsantrag im Justizausschuss gestärkt, durch den das Wort „Pfandbesteller“ in § 25c KSchG eingefügt werden sollte.¹⁷⁰ ME wäre eine Anwendung des allgemeinen Interzessionsbegriffs des ABGB auch bei

¹⁶² OGH 9 Ob 85/02v = ÖBA 2002/1072 [*P. Bydlinski*] = JBI 2003, 47 [*Apathy*].

¹⁶³ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 25 f.

¹⁶⁴ OGH 9 Ob 16/06b = *ecolex* 2008, 417 [*Leitner*] = *ecolex* 2007/218 = *JusGuide* 2007/16/4583 = ÖBA 2007, 654 [*P. Bydlinski*] = *RdW* 2007, 599 = *KRES* 1g/69 = *ZFR* 2007, 169 = ÖBA 2008, 75 = HS 38.469.

¹⁶⁵ *P. Bydlinski* ÖBA 2007, 653 f, Anm zu OGH 9 Ob 16/06b.

¹⁶⁶ *Iro*, BR IV SR⁴ Rz 9/20; *Mader/Faber* in *Schwimann*³ § 1368 Rz 2.

¹⁶⁷ *Ausf Eigner*, *Interzedentenschutz* 364 f.

¹⁶⁸ *Bollenberger*, *Drittpfandbestellung und Verbraucherschutz nach §§ 25c und 25d KSchG*, ÖBA 2008, 652.

¹⁶⁹ *Bollenberger*, *Drittpfandbestellung und Verbraucherschutz nach §§ 25c und 25d KSchG*, ÖBA 2008, 652 mwN.

¹⁷⁰ AA-118 24. GP; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 25c KSchG Rz 1 mwN.

den §§ 25c und 25d KSchG am sinnvollsten, allenfalls unter Einführung einer Wertgrenze, wie bereits oben ausgeführt. Ein Abstellen auf ein existenznotwendiges Gut wäre dann nicht mehr erforderlich.

Man kann aber auch generell die Frage stellen, warum der Abschluss eines Pfandbestellungsvertrages formfrei sein soll. Auch hier kommt man um den Vergleich mit der notariatsaktpflichtigen Schenkung ohne Übergabe nicht umhin, welcher den Schenker vor leichtfertigen Schenkungen bewahren soll, während für den Pfandbestellungsvertrag ein einfaches, mündliches „Ja“ genügt. Auch bei der Schenkung gehört die Sache in aller Regel bereits dem Schenker (§ 923 stellt wohl eher die Ausnahme dar), somit besteht hier kein Unterschied zum Pfandrecht.

IV. Rechtsvergleich:

Abschließend noch ein kurzer Überblick über die Handhabung einer Telefaxbürgschaft im europäischen Umfeld.¹⁷¹

a. Deutschland

Das BGB unterscheidet (wie früher das ABGB) zw Kaufmann und Nichtkaufmann. Gem § 350 dHGB ist das Formgebot des § 766 Abs 1 BGB nicht anzuwenden, die Bürgschaftserklärung des Kaufmannes ist formfrei.¹⁷²

Ansonsten gilt wie bereits unter Punkt II. ausgeführt: Die Bürgschaftsurkunde ist dem Gläubiger zumindest vorübergehend zur Verfügung zu stellen, weshalb eine Übermittlung per Telefax nicht in Frage kommt.¹⁷³ Nachdem die Urkunde im Original zugegangen ist, hängt die Wirksamkeit einer fortbestehenden Bürgschaft allerdings nicht vom Verbleib der Urkunde beim Gläubiger ab.¹⁷⁴

¹⁷¹ Ausf *Flessner*, Europäisches Privatrecht und Bewegliches System, JBI 2003, 205.

¹⁷² *Habersack* in MüKoBGB⁶ § 766 Rz 3.

¹⁷³ *Habersack* in MüKoBGB⁶ § 766 Rz 25.

¹⁷⁴ *Habersack* in MüKoBGB⁶ § 766 Rz 24.

b. Schweiz

Das schwOR steht auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit (vgl Art 11 Abs 1 schwOR). Es gibt drei verschiedene Formgebote

Einfache Schriftlichkeit:

Sie ist das schwächste Formgebot und findet sich vor allem dort, wo es um Schutz der schwächeren Vertragspartei oder um Beweissicherheit geht. Schriftlichkeit bedeutet, dass die Erklärung dauerhaft festgehalten werden kann, was bei Ton- und Datenträger dann der Fall ist, wenn sie veränderungsresistent sind.¹⁷⁵ Art 13 Abs 2 schwOR lässt auch schon Telegramm genügen, vorausgesetzt die Unterschrift des Erklärenden befindet sich auf der Aufgabedepesche. Die Übermittlung der unterschriebenen Urkunde per Telefax wird der heute als Fall des Art 13 Abs 2 schwOR gesehen¹⁷⁶ und ist somit zulässig. Bürgschaften bis 2000 Franken sind davon erfasst. Art 14 Abs 2 schwOR ordnet die Gleichstellung der elektronischen Signatur zur Unterschrift an.

Qualifizierte Schriftlichkeit:

Es werden zusätzliche Anforderungen gestellt. So etwa in Art 505 Abs 1 ZGB, welcher inhaltlich § 578 ABGB entspricht, wonach ein Testament vom Testator auch eighändig niedergeschrieben werden muss. Ebenfalls ein Fall der qualifizierten Schriftlichkeit bildet gem Art 493 Abs 2 schwOR die Bürgschaft natürlicher Personen, bei welcher der Haftungsbetrag CHF 2.000,- nicht übersteigt. Hier genügt es wenn der Bürge den Haftungsbetrag eighändig angibt.

Öffentliche Beurkundung:

Ähnlich dem österr Notariatsakt wird die Erklärung von einer staatlich betrauten Person (zB Notar) in einem eigens geschaffenen Verfahren beurkundet. Sie ist die strengste Form. Erfasst sind davon insb auch Bürgschaften natürlicher Personen über CHF 2.000,-.

¹⁷⁵ Schwenger, BaslerKomm Art 13 Rz 3 mwN.

¹⁷⁶ Schwenger, BaslerKomm Art 13 Rz 14.

c. Frankreich/Italien/Spanien

In den romanischen Ländern ist die Bürgschaft grundsätzlich formfrei, allerdings muss sie klar und ausdrücklich erklärt werden. Weiters gibt es Vorschriften, die für den Fall eines Prozesses die Schriftform verlangen.¹⁷⁷

V. Fazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der OGH mit der Gültigerklärung einer Telefaxbürgschaft unter Berücksichtigung namhafter Stimmen der Lehre sicherlich einen dem Formgebot des § 886 ABGB, unter Berücksichtigung des jeweiligen Formzwecks, entsprechenden Weg eingeschlagen hat. Es wird nun interessant sein zu beobachten, ob und wie der Gesetzgeber in Zukunft bei Erlassung von Formgeboten vorgehen wird. Wertungswidersprüche wurden in dieser Arbeit aufgezeigt.

¹⁷⁷ *Flessner*, Europäisches Privatrecht und Bewegliches System, JBI 2003, 205.

VI. Literaturverzeichnis

Kommentare/Monographien/Spezialliteratur:

Bollenberger, Drittpfandbestellung und Verbraucherschutz nach §§ 25c und 25d KSchG, ÖBA 2008, 650.

Brenn, Wie viel ist das Schriftformgebot noch wert? ÖJZ 2013, 989.

Brenn, Verbürgung durch mouse-click? ecolex 1999, 243.

Brenn, U-Pad Unterschriften sind keine Unterschriften, NZ 2010, 161.

Peter und Franz Bydlinski, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) – Verlag Manz

Peter Bydlinski, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGH, RdW 1996, 196.

Peter Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991) – Verlag Springer

Peter Bydlinski, Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe, NZ 1991, 166.

Peter Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH – Geschäftsanteilen (1991) – Verlag Manz

Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage (1983) – Verlag Duncker & Humboldt/Berlin

Ehrenzweig (Hrsg), System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band 1, 2. Auflage (1957) – Verlag Manz

Fasching, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage (2011) – Verlag Manz online

Feil, Der Gebrauch moderner Bürotechnik im Rechtsalltag, GesRZ 1978, 72.

Fenyves/Schauer (Hrsg), Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, 1. Auflage (2014) – Verlag Österreich

Flessner, Europäisches Privatrecht und Bewegliches System, JBI 2003, 205.

Forgo, Was sind und wozu dienen digitale Signaturen? ecolex 1999, 235.

Jud/Högler-Pracher, Die Gleichsetzung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift, ecolex 1999, 610.

Festschrift *Kerschner*, Interdisziplinäre Rechtswissenschaft – Schutzansprüche und Schutzaufgaben im Recht (2013) – Verlag Österreich

Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage (2011) – Verlag Helbing Lichtenhahn

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Teil 1, 1. Auflage (1935); Band 4 Teil 1, 2. Auflage (1968) – Verlag Österreichische Staatsdruckerei

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON – Verlag Manz online

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB, 3. Auflage (2010); 4. Auflage (2014) – Verlag Österreich

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Auflage (2012); Band 5, 6. Auflage (2013) - Verlag C.H. Beck

Festschrift *Ostheim*, Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht (1990) – Verlag Orac

Palandt (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 44. Auflage (1985) – Verlag C.H. Beck

Pfersmann, Bemerkenswertes aus der SZ 68/I, ÖJZ 1997, 530.

Festschrift *Reischauer*, Haftung und Versicherung (2010) – Verlag Österreich

Riedler, Miscellen zur neuen „geschriebenen Form“ des § 1b VersVG idF VersRÄG 2012, in FS Kerschner (2013) 251.

Riedler (Hrsg), Versicherungsrechts – Änderungsgesetz 2012 (2012) – Verlag Linde

Ring, Neues zur Schriftform? Zak 2014, 203.

Rosenberg, Die Beweislast, 4. Auflage (1956) – Verlag Beck

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB, Band 1, 3. Auflage (2000); Band 2, 3. Auflage (2004); *Rummel/Lukas* (Hrsg), Teilband Vertragsrecht, 4. Auflage (2014) – Verlag Manz

Rummel, Telefax und Schriftform, in FS Ostheim (1990) 209.

Schauer, Der elektronische Versicherungsvertrag, in FS Reischauer (2010) 577.

Schwimann/Kodek(Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 4. Auflage (2012); Band 4, 4. Auflage (2014); Band 5, 4. Auflage (2014); Band 6, 3. Auflage (2006); – Verlag LexisNexis

Soergel (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 11. Auflage (1978) – Verlag W. Kohlhammer

Staudinger (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 12. Auflage (1983) – Verlag Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin

Wagner/Knechtel (Hrsg), Notariatsordnung, 6. Auflage (2007) – Verlag Manz online

Wieser, Zu den Rechtswirkungen der Unterzeichnung rechtsgeschäftlicher Erklärungen auf einem Penpad, VR 2008-05, 18.

Wilhelm, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, *ecolex* 1990, 208.

Lehrbücher:

Apathy (Hrsg), Bürgerliches Recht – Verlag Österreich

Band I: *Peter Bydlinski*, Allgemeiner Teil, 6. Auflage (2013)

Band II: *Silvia Dullinger*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage (2014)

Band IV: *Gert Iro*, Sachenrecht, 5. Auflage (2013)

Faistenberger/Barta (Hrsg), Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1992) – Verlag Springer

Fikentscher, Schuldrecht, 6. Auflage (1976) – Verlag de Gruyter

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band I, 6. Auflage (1983); Band I, 9. Auflage (1992); Band II, 13. Auflage (2006); *Koziol/Welser/Kletečka* (Hrsg), Band I, 14. Auflage (2014), – Verlag Manz

Riedler (Hrsg), Zivilrecht – Verlag LexisNexis

Riedler, Zivilrecht I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl (2010)

Riedler, Zivilrecht II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl (2010)

Apathy, Zivilrecht VII, Erbrecht, 4. Aufl (2010)

Zeitschriften/Entscheidungssammlungen:

AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ARD	ARD-Betriebsdienst
BB	Der Betriebsberater (deutsch)
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb (deutsch)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
immolex	Der Entscheidungs- und Informationsdienst für neues Miet- und Wohnrecht
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
JB1	Juristische Blätter
JR	(deutsche) juristische Rundschau
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
NJW	(deutsche) Neue Juristische Wochenschrift
NZ	Österreichische Notariatszeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshof in Zivil- (und Justizverwaltungs)sachen
VersE	Versicherungsrechtliche Entscheidungssammlung
WM	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WoBl	Wohnrechtliche Blätter
Zak	Zivilrecht aktuell

ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht